



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Unidad de Posgrado

Los motivos de la perención. Un análisis judicial del abandono en el proceso civil

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Procesal

AUTOR

Hugo Fernando CAVERO RUIZ

ASESOR

Carlos Antonio PÉREZ RÍOS

Lima, Perú

2018



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Cavero, H. (2018). *Los motivos de la perención. Un análisis judicial del abandono en el proceso civil*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

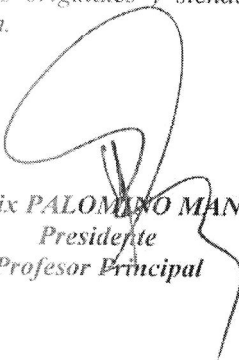
En la ciudad de Lima, el primer día del mes de octubre del año dos mil dieciocho, siendo las diecisiete horas con treinta minutos, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego y con la asistencia de los Profesores: Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos, Mg. Juan Eulogio Morales Godo, Dr. Jorge Arturo Andujar Moreno, Dr. Martín Alejandro Hurtado Reyes y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal, Bachiller **Hugo Fernando CAVERO RUIZ**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"LOS MOTIVOS DE LA PERENCIÓN. UN ANÁLISIS JUSTICIAL DEL ABANDONO EN EL PROCESO CIVIL"**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

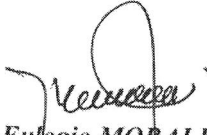
APROBADO POR UNANIMIDAD CON LA NOTA MUY BUENO
18 (DIECIOCHO)

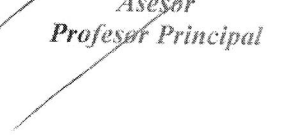
A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal al Bachiller en Derecho **Hugo Fernando CAVERO RUIZ**.

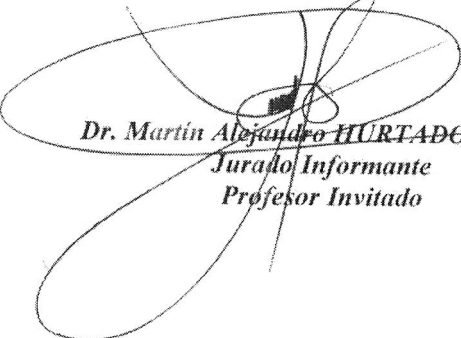
Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecinueve horas, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente
Profesor Principal


Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS
Asesor
Profesor Principal


Mg. Juan Eulogio MORALES GODO
Jurado Informante
Profesor Principal


Dr. Jorge Arturo ANDUJAR MORENO
Miembro
Profesor Contratado


Dr. Martín Alejandro HURTADO REYES
Jurado Informante
Profesor Invitado

A mis padres. Siempre.

PREÁMBULO

*“Sol chi non lascia eredità d'affetti
poca gioia ha dell'urna”.*
Ugo Foscolo
I Sepolcri

Dios reserva el infortunio para quienes develan sus secretos. Aquella mañana de febrero de 2016, el sol se regodeaba inclemente en el cielo de Montevideo. El Cementerio Británico lucía solo, con esa soledad tan de los muertos. Toda la tristeza de los ángeles esculpidos sobre las tumbas y toda la alegría posible en este desconcertado espíritu. Era el día de la ansiada aproximación física al profesor James Goldschmidt.

“La Comarca y el Mundo”; libro de viajes curiosamente introspectivo, contiene profundas reflexiones sobre la necesidad de todo ser humano de contar con un metro cuadrado de planeta para vivir; aquel espacio que a veces pasa inadvertido para quien lo tuvo desde siempre. Esa pequeñísima porción de tierra que, para vergüenza del género, le fuera esquivo al entrañable maestro del Derecho y de la vida.

De origen judío, la vida de Goldschmidt empezó a complicársele a medida que Hitler iba consolidando su poder en Alemania y los juristas de Goebbels se empeñaban en desaparecer el año 1789 de la historia. En poco tiempo no solo se le retiró de la cátedra que tanto amó y a la que dedicó ininterrumpidamente treinta y dos años de su vida, sino que se prohibió sea citado en cualquier publicación jurídica. Como las ideas se independizan de los hombres, y cuando son geniales tanto más, su pensamiento siguió siendo referenciado, aunque su nombre no, a la par que sus libros eran etiquetados con una estrella amarilla en las bibliotecas universitarias. Poco después sobrevendría una ilegal jubilación forzosa y la asignación de una pensión equivalente al 35% de lo que percibía regularmente. Entonces el dinero no alcanzaba ni para el carbón de la estufa con que su familia evitaba morir de frío. Estaba, en palabras de Alcalá Zamora, *“enterrado en vida dentro su país”*. Era tiempo de huir. Así llegó a Inglaterra, por un período muy limitado por su nacionalidad alemana. Imaginar la desolación de alguien que debe irse pero no tiene a dónde es imposible. A Alemania no podía volver y por la guerra civil tampoco podía ir a España. Con los hijos desperdigados por el mundo y los bolsillos semivacíos, escribe desde Cardiff una carta desesperada a un joven abogado uruguayo, profesor de Derecho Procesal de la única Facultad de Derecho de su país y a quien, salvo por sus libros, no conocía. Su nombre era Eduardo Juan Couture Etcheverry y, por supuesto, aún no había escrito *“La Comarca y el Mundo”*.

Ya en territorio del pequeño país a orillas del Atlántico se dio de cara con la libertad. Probablemente no lo sabía –o probablemente sí-, pero era muy tarde. Cuando preparaba su tercera clase se sintió mal, se acercó a su esposa, recitó unos versos de Schiller; volvió a su escritorio y cayó inerte sobre el texto que elaboraba. No hacía ni un mes de que Hans Walter, su hermano menor, había perecido en la travesía que lo llevaba de Inglaterra a Canadá, cuando su embarcación fue torpedeada por un submarino alemán. Si esto no es demasiado para un solo corazón, el concepto de demasía se hace inasible.

Un poco ahogado de caminar por las calientes y empinadas calles de Montevideo hacia el Cementerio Británico, siento una mirada inquisidora cuando pregunto por la tumba del viejo maestro: Quién sería este extraño sujeto que se presentaba a inquirir por unos restos que estaban a punto de ser desalojados por falta de pago de las expensas funerarias desde hacía dos años, cuando la fundación Eduardo J. Couture anunció que no pagaría más. Para el momento en que la amable dependiente por fin se atrevió a hacer la pregunta ya tenía preparada la respuesta. “*Soy un discípulo*”, dije. Y hasta ahora no sé si estuvo bien.

Pero cómo explicar que aquel ser humano que en la vida escribió las páginas más gloriosas del Derecho Procesal universal mientras luchaba por su metro cuadrado de mundo, estaba a punto de perderlo en la muerte. La respuesta solo puede ser que Dios reserva el infortunio para quienes develan sus secretos. Goldschmidt lo había hecho cuando descubrió en el justicial el número *phi* del Derecho; ese que antes de él estuvo escrito en código divino.

Colosal fue la causa de su desgracia.

h.c.r.

INTRODUCCIÓN

Casi dos décadas del nuevo siglo han transcurrido, con todo lo que ello supone a nivel científico, tecnológico, político y filosófico. Por eso es pertinente cuestionarse si acaso elaborar una tesis puramente dogmática sobre la perención en el proceso civil tiene alguna utilidad. Más aún cuando se advierte que los nuevos vientos que resuellan en Europa en materia procesal parecen haber dado por superados algunos estadios, diríase primarios, sobre la materia, para dedicarse a abordar aspectos mucho más pragmáticos (y no por eso de menor rigor académico) como por ejemplo la compatibilización de sus legislaciones en dirección a una probable unificación procesal civil en el llamado viejo continente. Así las cosas, pareciera una frivolidad detenerse en un estudio cuyo producto no cambiará en nada la realidad de las cosas, ni la jurídica ni mucho menos la fáctica.

Tales pensamientos atacan cuando uno se embarca en proyectos como este y más aún cuando para acometer la tarea hay que echar mano de las doctrinas elaboradas por juristas catalogados como clásicos, de finales del siglo XIX hasta la primera mitad del XX; y eso sin considerar a los consultados para el estudio histórico del instituto. *¿Tenemos derecho de retomar cuestiones del pasado cuando el presente y el futuro nos plantean desafíos más urgentes?* Y la respuesta puramente jurídica no se presenta satisfactoria. El que ello sea prohibido no es suficiente, desde un punto de vista ético, para legitimar la actividad. Sin embargo, algo en el fondo de la conciencia nos grita que el esfuerzo bien vale la pena.

Puede que esto sea porque, a diferencia de los latinoamericanos, los estudiosos europeos hicieron la tarea en su tiempo y por ello quienes tomaron la posta tienen plena autoridad para construir sobre esos cimientos. Latinoamérica, salvo el caso aislado de Eduardo J. Couture -que por desgracia murió joven- no ha descollado en materia procesal. Desde esta parte del mundo no hay estudios sobre infinidad de instituciones procesales, como es el caso precisamente de la perención, y por lo tanto el aporte ha sido prácticamente nulo en demasiadas materias. Venimos de repetir incesantemente lo enseñado por los grandes maestros europeos casi sin adicionar una idea nueva, siquiera algo insignificante, pero que nos permita sentir que construimos.

Entonces viene a la mente aquello que vino a denominarse *espacio tiempo histórico*, que nos coloca en una posición diferente frente realidades ajenas. No puede exigírsenos encajar en un momento jurídico determinado si es que la fase previa se encuentra inacabada, cuando ni siquiera empezada.

Es necesario emprender entonces el trabajo de dar fruto. Tratar de dejar de repetir y más bien proponer cosas. Puede que haya error, pero sin duda alguna habrá un trabajo dignificante.

Y claro, ante esta perspectiva de las cosas no puede dejar de asaltar el miedo. Miedo a decir dislates, miedo a la reprobación o al escarnio. Miedo en fin que puede resultar paralizante o incluso involutivo. “*Tuve miedo y me regresé de la locura*”, decía el gran Carlos Oquendo de Amat. Más o menos de eso se trata, pero sin regresar esta vez.

La sinceridad intelectual imprescindible a la hora de elaborar una investigación obliga a transparentar la intención del autor. En este caso he decidido utilizar el fenómeno de la perención casi como una excusa para revisar un planteamiento jurídico poco explorado en nuestra realidad, cual es el del proceso como escenario de producción de situaciones jurídicas y su gran correlativo del Derecho Justicial avizorado por el inmortal maestro alemán James Goldschmidt (1874 – 1940). El símil que formula como una introducción a su teoría, entre la vida cómoda y el estado de guerra que todo lo altera y provoca que aquello que era normal pase a depender de qué tan bien podemos blandir la espada me sobrecogió en un momento en que precisamente toda la cotidianeidad me había sido arrebatada. Probablemente esta investigación sea producto de la *situación de vida* aquella.

No puedo dar por terminadas estas líneas sin proclamar mi profundo agradecimiento a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, remanso de paz y de ebullición de ideas en el que me sentí acogido siempre y al que fue demasiado fácil aprender a venerar como a una verdadera Alma máter.

Unas palabras finales para expresar mi reconocimiento a los maestros del Derecho Procesal que el destino puso en mi accidentado camino: algunos de ellos en las aulas universitarias y otros en escenarios improbables para su enorme nivel académico y humano. Los recuerdo siempre. Benditos sean.

El autor

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA
PREÁMBULO
INTRODUCCIÓN

Capítulo I

EL PROBLEMA MATERIA DE INVESTIGACIÓN

1.	<i>Tema</i>	1
2.	<i>Planteamiento del problema</i>	1
2.1.	<i>Situación problemática</i>	1
2.2.	<i>Problemas principales</i>	2
2.3.	<i>Problemas específicos</i>	3
2.4.	<i>Justificación de la investigación</i>	3
2.5.	<i>Objetivos de la investigación</i>	5
2.5.1.	<i>Objetivos Generales</i>	5
2.5.2.	<i>Objetivos Específicos</i>	6
2.6.	<i>Delimitación de la investigación</i>	6

Capítulo II

MARCO METODOLÓGICO

1.	<i>Antecedentes del problema (estado del arte)</i>	7
2.	<i>Definición del tipo de investigación</i>	10
3.	<i>Hipótesis</i>	11
3.1.	<i>Hipótesis principal</i>	11
3.2.	<i>Hipótesis específicas</i>	12
4.	<i>Metodología</i>	12
4.1.	<i>Método de investigación</i>	12
4.2.	<i>Tipo y diseño de la investigación</i>	13
4.3.	<i>Técnicas de recolección de datos</i>	13
4.4.	<i>Análisis e interpretación de la información</i>	14

Capítulo III

DETERMINACIÓN DEL PRIMER PROBLEMA ESPECÍFICO: ¿La paralización del proceso atenta contra su propia naturaleza?

1.	<i>Una idea general de proceso</i>	15
2.	<i>El proceso jurisdiccional</i>	18
	2.1. <i>Una definición descriptiva: cómo es el proceso y hacia dónde va</i>	18
	2.2. <i>Ontología del proceso</i>	20
	2.2.1. <i>El proceso como contrato</i>	21
	2.2.2. <i>El proceso como cuasicontrato</i>	24
	2.2.3. <i>El proceso como relación jurídica</i>	26
	2.2.4. <i>El proceso como situación jurídica</i>	30
	2.2.5. <i>El proceso como institución</i>	33
	2.2.6. <i>El proceso como procedimiento</i>	34
	2.2.7. <i>Teoría negacionista</i>	36
3.	<i>El antiproseso</i>	37
4.	<i>El antiproseso en la teoría general de la paralización del proceso civil</i>	39

Capítulo IV

DETERMINACIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA ESPECÍFICO: Si la perención fue históricamente institucionalizada para regular una realidad jurídica determinada, ¿subsiste dicha realidad a la fecha?

1.	<i>Un origen de identificación complicada</i>	47
2.	<i>La perención en el Derecho Romano</i>	48
3.	<i>La perención en el Derecho Francés</i>	55
4.	<i>La perención en el Derecho Canónico</i>	62
5.	<i>La perención en el antiguo Derecho Español</i>	64
6.	<i>Reflexiones a la luz de la historia de la perención en relación con el segundo problema específico formulado</i>	68

Capítulo V

DETERMINACIÓN DEL PRIMER PROBLEMA PRINCIPAL: ¿Por qué un proceso que no recibe impulso por un tiempo determinado debe concluir?

1.	<i>Breve nota introductoria</i>	70
2.	<i>El Derecho Justicial</i>	71
	2.1. <i>Antecedentes</i>	71

2.2.	<i>James Goldschmidt y su revolución jurídica: el Derecho Justicial Material y el Derecho Justicial Procesal ...</i>	73
2.3.	<i>Más sobre el Derecho Justicial Material</i>	77
2.4.	<i>Principales categorías del Derecho Justicial según James Goldschmidt</i>	83
2.4.1.	<i>Derechos procesales</i>	83
i.	<i>Expectativas</i>	83
ii.	<i>Posibilidades u oportunidades</i>	84
ii.	<i>Liberación de un carga procesal</i>	84
2.4.2.	<i>Cargas procesales</i>	85
2.5.	<i>Crítica de las categorías propuestas por Goldschmidt</i>	87
3.	<i>El caso de la prescripción extintiva.</i>	89
4.	<i>La perención desde el Derecho Justicial</i>	90
5.	<i>Justificación de la perención según el Derecho Justicial</i>	95
6.	<i>Los sustitutos de la perención en la legislación comparada</i>	101
7.	<i>La perención en el debate Publicismo vs. Garantismo ..</i>	111
8.	<i>Colofón</i>	118

Capítulo VI

DETERMINACIÓN DEL TERCER PROBLEMA ESPECÍFICO: ¿Existe compatibilidad entre la regla de impulso de oficio y la perención en un mismo sistema procesal civil?

1.	<i>La aparente antinomia “impulso de oficio / perención. La única interpretación razonable y su falencia</i>	122
2.	<i>La posición ambivalente de la jurisprudencia nacional ...</i>	127
3.	<i>Final</i>	133

Capítulo VII

DETERMINACIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA PRINCIPAL: ¿Se justifican las consecuencias de la perención previstas en el artículo 351 del Código Procesal Civil peruano, es decir la moratoria durante un año ante la primera perención y la extinción del derecho pretendido ante la segunda?

1.	<i>Una revisión histórica</i>	135
1.1.	<i>La perención en la primera regulación procesal civil nativa</i>	135

1.2.	<i>La perención en el Código de Procedimientos Civiles de 1912</i>	139
2.	<i>La perención en el Código Procesal Civil de 1993</i>	148
2.1.	<i>Marco general</i>	148
2.2.	<i>La influencia del Código de Procedimiento Civil colombiano de 1970</i>	149
3.	<i>La moratoria</i>	151
4.	<i>La extinción del derecho pretendido</i>	156
5.	<i>¿De oficio o a pedido de parte?</i>	158
6.	<i>Revisando las causales de improcedencia del abandono</i>	160
7.	<i>El futuro de la perención en el Perú</i>	163
	<i>CONCLUSIONES</i>	166
	<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	170

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro N° 01:	
<i>Comprobación de la primera hipótesis específica</i>	39
Cuadro N° 02:	
<i>Comprobación de la segunda hipótesis específica</i>	46
Cuadro N° 03:	
<i>Comprobación de la tercera hipótesis específica</i>	94
Cuadro N° 04:	
<i>Comprobación de la hipótesis principal</i>	120
Cuadro N° 05:	
<i>Comprobación de la cuarta hipótesis específica</i>	134

RESUMEN DE LA TESIS

El *abandono del proceso*, también conocido como *perención*, es una institución de Derecho Procesal que ha merecido muy poco estudio sistemático por parte de la doctrina especializada. El fenómeno que determina que un proceso civil debe concluir cuando no recibe impulso durante un período de tiempo razonable no es una institución menor, ya que, se considera, tiene una estrecha relación con la libertad jurídica del individuo. La atribución que cada persona tiene para demandar a alguien casi no tiene límites, independientemente de si al reclamante le asiste el derecho o no. Esta situación crea una condición muy peligrosa en todos los demandados, ya que la coloca ante la inminencia de una intervención no deseada del Estado en su vida privada a través de una sentencia. Entonces es necesario equilibrar esta situación colocando, frente al derecho de acción del demandante, la posibilidad de extinción del proceso cuando dicho sujeto no lo impulsa. Un autor clásico como Salvatore Satta lo planteó y no se puede dejar de estar de acuerdo con él.

Pero en el Perú, a diferencia de todas las demás legislaciones procesales, la perención tiene dos consecuencias que van más allá del cese de toda actividad procesal: i) Una moratoria, por la cual el actor de un proceso judicial que concluyó por perención no puede volver a pretender lo mismo por un período de un año; y, ii) La extinción del derecho reclamado, cuando se incurre en perención por segunda vez. Por ello, términos de perención, tenemos que explorar dos tipos de motivos (y he ahí el título de la tesis); en primer lugar, si se justifica que la perención siga vigente en las legislaciones procesales, y más aún en aquellas, como la peruana, que contemplan el impulso de oficio como un deber del juez; y, en segundo lugar, si las consecuencias de la perención peruana (la moratoria y la extinción del derecho pretendido) tienen un sustento atendible.

La investigación encuentra una respuesta positiva para ambos tipos de motivos. Para el primero, es decir, para la justificación de la permanencia del instituto en la legislación procesal civil, se le considera necesario en su condición de instrumento vinculado a la libertad jurídica del individuo que propicia un equilibrio frente a la posibilidad casi ilimitada de las personas de andar por la vida demandando al prójimo; y el segundo motivo, es decir, el que justifica que la perención nacional tenga los efectos que tiene, se sustenta en que la primera perención demuestra que algo falló en el interés del sujeto demandante, por lo que cabe la cesación de actividad procesal que a su vez favorezca la producción de la prescripción extintiva; y con respecto a la segunda perención, al igual que ocurre con la caducidad, cabe que el Estado presuma, a partir de la dejación del sujeto interesado, que su pretensión no merece ningún tipo de tutela jurídica.

La tesis apunta, finalmente, a llenar un vacío doctrinario con respecto a la perención, a fin de facilitar a los operadores de justicia la mejor interpretación de las normas que la regulan.

ABSTRACT OF THE THESIS

The abandonment of the process, also known as procedural expiration, is an institution of Procedural Law that has deserved very little systematic study on the part of the specialized doctrine. The phenomenon that determines that a civil process must end when it does not receive momentum during a reasonable period of time is not a minor institution, since, it is considered, it has a close relationship with the legal freedom of the individual. The attribution that each person has to sue someone has almost no limits, regardless of whether the claimant has the right or not. This situation creates a very dangerous condition in all the defendants, since it places it before the imminence of an unwanted intervention of the State in its private life through a sentence. It is then necessary to balance this situation by placing, in front of the plaintiff's right of action, the possibility of the process being extinguished when said subject does not promote it. A classic author like Salvatore Satta raised it and you can not help but agree with it.

But in Peru, unlike all other procedural legislations, the procedural expiration has two consequences that go beyond the cessation of all procedural activity: i) A moratorium, by which the actor of a judicial process that concluded by procedural expiration can not return to pretend the same for a period of one year; and, ii) The extinction of the claimed right, when expiration is incurred for the second time. Therefore, procedural expiration terms, we have to explore two types of reasons (and that is the title of the thesis); in the first place, if it is justified that the procedural expiration remains in force in the procedural legislations, and even more in those, like the Peruvian one, that contemplate the impulse of office as a duty of the judge; and, secondly, if the consequences of the Peruvian procedural expiration (the moratorium and the extinction of the claimed right) have a worthy sustenance.

The research finds a positive response for both types of reasons. For the first, that is, for the justification of the permanence of the institute in the civil procedural legislation, it is considered necessary in its condition as an instrument linked to the legal freedom of the individual that favors a balance in front of the almost unlimited possibility of the persons to walk through life demanding from others; and the second reason, that is, the one that justifies that the national procedural expiration has the effects that it has, is based on the fact that the first procedural expiration demonstrates that something failed in the interest of the claimant subject, for which reason the cessation of procedural activity in turn, favor the production of the extinctive prescription; and with respect to the second expiration, as it happens with the civil expiration, it is possible that the State presumes, from the abandonment of the interested subject, that its claim does not deserve any kind of legal protection.

The thesis aims, finally, to fill a doctrinaire vacuum with respect to procedural, in order to facilitate justice operators the best interpretation of the rules that regulate it.

“El derecho procesal ha de progresar sobre la base de liberalismo, o no ha de hacerlo en absoluto”.

James Goldschmidt.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA MATERIA DE INVESTIGACIÓN

Sumario: 1. Tema. 2. Planteamiento del problema. 2.1. Situación problemática. 2.2. Problemas principales. 2.3. Problemas específicos. 2.4. Justificación de la investigación. 2.5. Objetivos de la investigación. 2.5.1. Objetivos generales. 2.5.2. Objetivos específicos. 2.6. Delimitación de la investigación.

1. Tema.

LOS MOTIVOS DE LA PERENCIÓN: UN ANÁLISIS JUSTICIAL DEL ABANDONO EN EL PROCESO CIVIL.

2. Planteamiento del problema.

2.1. Situación problemática

El abandono, más apropiadamente llamado “perención” es una institución procesal respecto de la cual hay muchas incertidumbres y muy poco estudio sistemático. Varios pueden ser los enfoques desde los que la institución habría de ser analizada, pero la tesis pretende una investigación en torno a la causa final de la perención; es decir, sobre **cuáles son los motivos que sostendrían su permanencia en la doctrina y en las legislaciones procesales**. Tanto más si aquella

subsistencia aparentemente no tendría lógica en el sistema procesal civil nacional que ha optado por el impulso de oficio como regla, de manera que la perención, que es un fruto precisamente de la falta de actividad procesal idónea, acaso pareciera una institución residuo de visiones procesales probablemente superadas.

Para dilucidar todas estas cuestiones se propone un análisis del instituto bajo una óptica doctrinaria, histórica y comparativa, en el que la herramienta a emplearse será la teoría del Derecho Justicial elaborada por el profesor alemán James Goldschmidt; acaso el gran liberal del proceso con quien las nuevas generaciones de procesalistas tienen una deuda pendiente.

Pero de seguro que **resultaría insuficiente la investigación si es que no se adentrara esta vez en la búsqueda de una segunda clase de motivos: aquellos que han determinado que la perención tenga determinadas consecuencias relativas a la proponibilidad de la pretensión**, mediante un tratamiento que solamente tiene parangón con el ya derogado Código de Procedimiento Civil colombiano de 1970.

Porque respecto de la razón de ser de estas consecuencias de la perención poco se ha escrito, de manera que tan importante cuestión está, diríase, librada a su suerte, sin un contenido doctrinario que la soporte, pero que resulta ser muy necesario para la correcta interpretación de la institución por parte de los operadores jurídicos nacionales.

2.2. Problemas principales

- i. *¿Por qué un proceso que no recibe impulso por un tiempo determinado, debe concluir?*

- ii. *¿Se justifican las consecuencias de la perención previstas en el artículo 351 del Código Procesal Civil peruano, es decir la moratoria durante un año ante la primera perención y la extinción del derecho pretendido ante la segunda?*

2.3. Problemas específicos.

- i. *¿La paralización del proceso atenta contra su propia naturaleza?*
- ii. *Si la perención fue históricamente institucionalizada para regular una situación jurídica determinada, ¿subsiste dicha situación a la fecha?*
- iii. *¿Existe compatibilidad entre la regla de impulso de oficio y la perención en un mismo sistema procesal civil?*

2.4. Justificación de la investigación

El Estado tiene el monopolio de la violencia legítima. Este principio basal en la estructuración de la sociedad aparece como una respuesta cultural a la llamada *ley del más fuerte*. La sociedad ha advertido la necesidad de institucionalizar la defensa de los derechos frente a amenazas o agresiones y para ello ha dado lugar al proceso, dejando a la violencia como una excepción a la regla.

Para acceder a este mecanismo que es el proceso, el individuo debe ejercer el derecho de acción, posibilitando que la jurisdicción conozca del entuerto y le brinde alguna solución considerada justa.

El ejercicio de la acción en materia civil, es plenamente dispositivo, en el sentido que corresponde a cada quien decidir si lo hace o se abstiene de hacerlo. A diferencia de ello, asumir la posición de demandado es una *inevitabilidad jurídica*. Nadie puede elegir no ser demandado. Simplemente lo es cuando alguien diferente a él mismo decide que así sea.

Producido el emplazamiento surge una situación jurídica denominada *litispendencia*, en virtud de la cual el individuo demandado queda sujeto a la inminencia de una no deseada intervención del Estado en su esfera jurídica privada. La litispendencia es pues una consecuencia necesaria de la necesidad social de que exista el proceso. No es *strictu sensu* una *relación jurídica*, sino apenas una faz de la relación general de subordinación que el individuo reconoce al Estado y que se encuentra regulada en las Constituciones.

Lo importante es, por el momento, tener en cuenta que la litispendencia es una situación que no es por lo general deseada por nadie; sin embargo es un costo que debe soportar en tanto integrante de un grupo social que repudia la violencia como forma de solución de los conflictos de intereses intersubjetivos.

Siendo así, cabe preguntarse si es acaso razonable que esa situación inevitable y de desventaja deba mantenerse vigente aún cuando el proceso no reciba actos de impulsión. O dicho de otro modo, ¿es acaso razonable que alguien tenga que soportar *ad infinitum* una condición jurídica que le es molesta, cuando el interesado en obtener certeza jurisdiccional de cierto conflicto se desentiende?

Esto cobra especial relevancia cuando se observa que por influencia de una corriente procesal llamada *publicística*, se tiende a confiar el impulso del proceso a los jueces. Tal corriente, que ha permeado grandemente al Código Procesal Civil peruano, habría dado lugar a una situación paradójica cuya verificación es también materia de la

presente investigación, cual es que se propugne que el impulso del proceso está confiado al oficio pero a la vez se reconozca al abandono como una forma especial de conclusión que además es declarable de oficio. Como se ve, coexisten en un mismo cuerpo legal dos instituciones en principio antagónicas e incompatibles.

Pero por otra parte, se aprecia que la regulación del abandono en el Perú tiene una peculiaridad que solo reconoce antecedente en la abrogada regulación procesal civil colombiana, en tanto y en cuanto se ha establecido que cuando se éste se produce en un proceso determinado, el actor no podrá volver a demandar la misma pretensión durante un año -institución ésta a la que la investigación denomina *moratoria*- y que además, ante un segundo abandono se extingue el derecho pretendido. Tales situaciones jurídicas no tienen un respaldo doctrinario que las justifique, de manera que es necesario determinar si éste puede ser propuesto. Por esta razón, un segundo objetivo de la investigación es intentar tal propuesta, con lo que se busca contribuir a un mejor tratamiento de dichas instituciones por parte de los operadores jurídicos del país.

El título de la investigación resume pues su objeto: los motivos de la perención; es decir, qué justifica la existencia de la perención, por un lado, y por el otro, qué determina que esta perención acarree las consecuencias fijadas por el legislador nacional.

2.5. Objetivos de la investigación

2.5.1. Objetivos Generales

- i. Analizar las razones que justificarían la extinción del proceso cuando éste no recibe impulso de parte de los sujetos procesales.

- ii. Dotar de contenido doctrinario a las consecuencias que el Código Procesal Civil peruano prevé para la proponibilidad de la pretensión, tanto para la primera como para la segunda perención. Este objetivo se plantea ante el vacío que existe en la doctrina respecto de tales consecuencias.

1.5.2. Objetivos específicos.

- i. Identificar a la evolución como la característica del proceso que le confiere identidad.
- ii. Determinar el origen histórico de la perención y evaluar si las condiciones que le dieron origen se mantienen en la actualidad o si han mutado.

2.6. Delimitación de la investigación

La presente investigación está delimitada por información, análisis y conclusiones obtenidas de fuentes doctrinarias e históricas, a la par de recursos proporcionados por el Derecho Comparado y la jurisprudencia nacional.

CAPÍTULO II

MARCO METODOLÓGICO

Sumario: 1. Antecedentes del problema (estado del arte). 2. Definición del tipo de investigación. 3. Hipótesis. 3.1. Hipótesis principal. 3.2. Hipótesis específicas. 4. Metodología. 4.1. Método de investigación. 4.2. Tipo y diseño de la investigación. 4.3. Técnicas de recolección de datos. 4.4. Análisis e interpretación de la información.

1. Antecedentes del problema (estado del arte).

El Código Procesal Civil peruano actualmente vigente lo está desde el 28 de julio de 1993; ello, por supuesto, sin perjuicio de la gran cantidad de modificaciones de las que ha sido objeto en el camino.

De la información a la que se ha podido acceder, no existe en sede nacional ningún estudio sistemático de la perención ni antes ni después de la vigencia del Código Procesal Civil. En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos se sustentó una tesis denominada *Formas de terminación del proceso* del autor Leoncio Acevedo Vega¹, en la que se hace un análisis procedimental del abandono de acuerdo a la regulación de la época.

¹ ACEVEDO VEGA, Leoncio: *Formas de terminación del proceso*, Tesis para optar por el grado de Bachiller en Derecho, UNMSM, Lima, 1972.

Durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, los estudios de los profesores Romero², Calle³ y Perla Velaochaga⁴ fueron los más reconocidos en la materia, aunque, de acuerdo a la época, estuvieron influenciados marcadamente por la exegesis.

Con motivo de la promulgación del Código Procesal Civil, el profesor Juan Monroy Gálvez, su principal autor, expuso algunas referencias indirectas al abandono, fundamentalmente en lo que respecta al denominado *principio de dirección del proceso*. Así, el Código que escribió acogía el denominado sistema procesal publicístico, el que, según su concepción, correspondía a los estudios científicos del proceso⁵.

Como es sabido, el impulso procesal es aquello que evita la perención, de manera que al recogerse en la regulación procesal civil al impulso de oficio como un deber del juez, dicha institución tenía que acusar alguna consecuencia, lo que será materia de análisis más adelante.

Baste por ahora con señalar que para el profesor Monroy, su Código rompía con la anterior estructura procesal que hacía descansar en las partes el impulso del proceso. Ahora éste también podía (más bien *debía*) proceder del juez. Señalaba:

“El Principio de Impulso procesal por parte del Juez es una manifestación concreta del Principio de Dirección, y por tanto de la orientación publicística. Consiste en la aptitud que tiene el Juez para conducir autónomamente el proceso –vale decir sin necesidad de intervención de las partes- a la consecuencia de sus fines. No está demás recordar que dentro de una estructura procesal dispositiva, hay un cerrado monopolio de

² ROMERO, Julián Guillermo: *Estudios de Legislación Procesal*, Tip. De “El Lucero”, Lima, 1914.

³ CALLE, Juan José: *Código de Procedimientos Civiles*, Tipografía “El Lucero”, Lima, 1912.

⁴ PERLA VELAOCHAGA, Ernesto: *Juicio Ordinario*, EDDILI, Lima, 1987.

⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan: *Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992*, en *La formación del proceso civil peruano*, Comunidad, Lima, 2003, p. 266.

*las partes respecto del avance del proceso, el impulso procesal busca precisamente quebrar dicha exclusividad”.*⁶

En otro estudio, el mismo profesor Monroy destaca lo que para él son las ventajas del principio de impulso oficial. Dice:

“Así como en el sistema privatístico se vive la dictadura de las partes, en el publicístico se regula y ambienta el predominio del juez. En efecto, en el sistema publicístico el juez es el encargado de impulsar y orientar el desarrollo del proceso al cumplimiento de sus fines (...).

*Dentro de un sistema publicístico, el juez es el principal protagonista del proceso. Por su intermedio, la actividad procesal se orienta hacia lo indispensable, es decir, se proyecta hacia una función útil y provechosa. (...) Sólo concediéndole al juez autoridad y medios procesales idóneos, se puede provocar o coadyuvar a la obtención de decisiones justas, entendidas éstas como aquellos pronunciamientos jurisdiccionales en donde la cuota de certeza y celeridad se presenta en contenido suficiente, sino pleno”.*⁷

En el puntual análisis que formula la Dra. Marianella Ledesma Narváez al articulado del Código Procesal Civil peruano⁸ se proponen algunas consideraciones en torno a la perención, todas ellas sustentadas, como corresponde a una obra de este tipo, en la dinámica que dicho Código contempla para la institución.

Por último, en la escuela de post grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú se han sustentado dos tesis que abordan muy tangencialmente a la perención. Estas han sido elaboradas por los

⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan: Ob. cit. p. 267.

⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan: *La ideología en el Código Procesal Civil del Perú*, en *La formación del proceso civil peruano*, ob. cit. p. 418.

⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, T. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

autores Eugenia Silvia María Ariano Deho⁹ y Mario Heinrich Fisfalén Huerta¹⁰. En la primera de ellas se cita a Giancarlo Gianozzi, en tanto refiere que todos los institutos procesales que son consecuencia de la inactividad de las partes (como la perención, la contumacia, la caducidad y la extinción) reflejan el contraste que existe entre los poderes de las partes y los del juez, de manera que en los sistemas inquisitivos las consecuencias constituyen más bien sanciones, mientras en los dispositivos la inactividad procesal es ampliamente tolerada, siendo que sus consecuencias no llegan a configurar sanciones *strictu sensu*. La segunda de las tesis referidas hace alusión a que el grado de bienestar que produce el proceso judicial es insuficiente no solo en el Perú, sino en muchos otros países, como es el caso de Colombia, en cuya capital se registra un índice muy bajo de sentencias de fondo, por lo que los casos concluidos por otra vía, como sucede con la perención, son bastante frecuentes.

2. Definición del tipo de investigación.

La investigación que se propone tiene el carácter teórico – dogmático. Estando a ello es que se analiza doctrina e información diversa sobre la materia de estudio. Carlos Ramos Núñez establece la diferencia que existe entre la investigación jurídico – dogmática y la exegética en los siguientes términos:

“Frente a la exégesis, el método dogmático alcanza un mayor rigor teórico. Mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, el Derecho Comparado y,

⁹ ARIANO DEHO, Eugenia Silvia María: *Hacia un proceso civil flexible. Crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993*. Tesis para optar por el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.

¹⁰ FISFALÉN HUERTA, Mario Heinrich: *Análisis económico de la carga procesal del Poder Judicial*. Tesis para optar por el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.

ocasionalmente, a la jurisprudencia. Por ello, su enfoque se desenvuelve sobre bases más amplias”.¹¹

Dentro de la información a que se hace referencia es de destacar la de carácter histórico, pues ningún estudio con pretensiones de seriedad relativo a la perención puede prescindir de ella. Solo de esta manera puede hacerse una evaluación comparativa entre las razones que justificaron su aparición en el Derecho y aquellas que justificarían que aun tenga vigencia.

Conforme ya se ha mencionado, la doctrina por la que pretende discurrir la investigación en una suerte de *vehículo*, es la teoría del Derecho Justicial, pues el enfoque teórico propuesto la utiliza para una mejor aproximación al objeto de estudio. Dicho de otro modo: la investigación no es sobre el Derecho Justicial, sino que lo utiliza como catalizador de la información recopilada y desde allí la aprehende y evalúa.

Por esta razón la investigación analiza la doctrina existente sobre la perención a partir de otra doctrina, la del Derecho Justicial. Se espera que el resultado resulte siendo satisfactorio y, por sobre todo, de utilidad.

3. Hipótesis

3.1. Hipótesis principal

Los procesos civiles que no reciben impulso procesal de las partes durante un plazo razonable, deben concluir.

¹¹ RAMOS NÚÑEZ, Carlos: *Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 112 – 113.

3.2. Hipótesis específicas

- i. La evolución es un concepto ínsito a la idea de proceso, de manera que su contrario (la paralización procesal) lo desnaturaliza.
- ii. La paralización, como fenómeno procesal que es, debe tener una ubicación y un desarrollo determinado dentro de la teoría general del proceso.
- iii. La litispendencia es una inevitabilidad jurídica.
- iv. La coexistencia del deber de impulso de oficio y la perención en un mismo sistema procesal civil no constituye antinomia.
- v. La moratoria (inatendibilidad de la pretensión durante un año como consecuencia de una primera perención) se justifica si se le vincula al favorecimiento de la prescripción extintiva.
- vi. La extinción del derecho pretendido consecuencia de una segunda perención, se justifica en la concepción de que la situación jurídica de ventaja del actor no merece tutela jurídica y que, por tanto, el sujeto pretendido debe recuperar para siempre su libertad jurídica.

En el desarrollo de la investigación las comprobaciones de las hipótesis serán resaltadas mediante cuadros.

4. Metodología

4.1. Método de investigación

La investigación que se propone se desarrolla con base en los métodos de interpretación jurídica, sistemático y teleológico. Para los fines del estudio de la formación y antecedentes de la institución de la perención se emplea el método histórico.

Del mismo modo se ha empleado la deducción y la síntesis para el procesamiento de la información recabada.

4.2. Tipo y diseño de la investigación

Conforme ya ha sido mencionado, el objeto de la tesis es proponer un estudio sistemático de la perención como institución del Derecho Procesal acogida por la regulación procesal civil nacional, analizando sus orígenes, alcances, justificación y dotando de un contenido doctrinario, hasta ahora ausente, de sus consecuencias en relación con la proponibilidad futura de la pretensión materia del proceso perimido.

Por eso la investigación es exploratoria, descriptiva, correlacional y explicativa; todo ello en el entendido de que nos encontramos frente a una tesis de tipo teórico – dogmática.

4.3. Técnicas de recolección de datos

En la idea de que el objeto de la investigación es contrastar las hipótesis planteadas, para la redacción de la tesis se ha hecho uso de las siguientes técnicas:

- i. Fichaje.
- ii. Análisis documental.
- iii. Análisis de contenido.
- iv. Observación.

4.4. Análisis e interpretación de la información

El problema planteado se ubica dentro de los alcances del Derecho Procesal y específicamente, del Derecho Procesal Civil. Evidentemente que el área es el de la dogmática jurídica.

Así, a partir de la revisión de las principales teorías que pretenden explicar la naturaleza del proceso, se busca demostrar que la evolución es una característica que le es connatural, procurando con esto demostrar que la paralización del proceso es el fenómeno que más puede oponerse a su naturaleza. A partir de allí se procura identificar el origen histórico de la perención y con ello determinar cuál fue la situación que le dio origen y permitió su institucionalización, para luego hacer un análisis desde el Derecho Justicial y procurar con ello una determinación de su naturaleza. Luego de ello se busca dotar de contenido doctrinario a las consecuencias que el Código Procesal Civil peruano tiene previstas en relación con la proponibilidad de la pretensión (la moratoria y la extinción del derecho pretendido).

Estando a la naturaleza de la investigación, se hará uso de los siguientes métodos:

- i. método de análisis;
- ii. método de síntesis;
- iii. método histórico;
- iv. método comparativo;
- v. método deductivo; y,
- vi. método inductivo.

CAPÍTULO III

DETERMINACIÓN DEL PRIMER PROBLEMA ESPECÍFICO:

¿La paralización del proceso atenta contra su propia naturaleza?

Sumario: 1. Una idea general de proceso. 2. El proceso jurisdiccional. 2.1. Una definición descriptiva: Cómo es el proceso y hacia dónde va. 2.2. Ontología del proceso. 2.2.1. El proceso como contrato. 2.2.2. El proceso como cuasicontrato. 2.2.3. El proceso como relación jurídica. 2.2.4. El proceso como situación jurídica. 2.2.5. El proceso como institución. 2.2.6. El proceso como procedimiento. 2.2.7. Teoría negacionista. 3. El antiproceto. 4. El antiproceto en la teoría general de la paralización del proceso civil.

1. Una idea general de proceso.

Es una verdad de perogrullo que la idea de *proceso* está íntimamente ligada a la de *avance*. Calamandrei sostenía que proceso es “... *la continuación de una serie de operaciones variadas vinculadas por la unidad del fin*”¹². “*En sí mismo –afirmaba a su vez Couture- todo proceso es una secuencia*”¹³.

Pero si bien el concepto de *avance* es básico para comprender qué es el proceso, parece ser que el de *transformación* se acerca más a su verdadera naturaleza. En efecto, *avance* puede haber hasta en las cosas únicas e invariables en su esencia, y a partir de ello vale la pena preguntarse si lo que sucede con algo inmutable en el tiempo es estrictamente un proceso. Así por ejemplo, *¿sufrir un proceso el*

¹² CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, T. I, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1986, p. 317.

¹³ COUTURE, Eduardo Juan: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición, Editorial Depalma, , Buenos Aires, 1993. p. 122.

mineral escondido durante milenios en las entrañas de la tierra? La respuesta es negativa, pues una vez generado por obra de la naturaleza, el mineral sigue siendo el mismo.

Rocco plantea un matiz a la concepción de proceso cuando sostiene que es “(...) *el momento dinámico de cualquier fenómeno, es decir, de todo fenómeno en su devenir*”¹⁴.

No obstante fue Guasp quien propuso una forma novedosa de entender al proceso a partir de la mutación del objeto de estudio. Proceso es, por sobre todo, *transformación* y llega a tal conclusión a partir de lo que él entendió por la etimología del término: *procedere*, viene de *cedere pro*, es decir, *ceder a favor de algo*¹⁵: cada estadio cede su lugar al siguiente y así sucesivamente hasta alcanzar su destino.

Por eso cabe preguntarse, si de transformación se trata, ¿*transformación para qué?*, y en ese punto interviene una segunda idea consustancial a la de proceso: *transformación para llegar a algo*. No la transformación por la transformación misma, sino la transformación orientada hacia un fin. La noción de *finalidad* es inmanente al concepto de proceso, tanto que para advertir si estamos o no frente a uno basta con colocarse idealmente en lo que debería ser su momento final y desde allí ensayar una visión (también ideal) retrospectiva. Si tal ejercicio es posible, entonces lo más probable es que estemos de cara a un proceso.

Hay que atender, sin embargo, a que así como el mero avance sin transformación no configura un proceso, la mera transformación sin un destino posible tampoco lo hace. La dinámica que pueda existir entre un punto de partida y uno de llegada no es proceso para el objeto de observación, como tampoco lo es la simple transformación

¹⁴ ROCCO, Ugo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, Editorial Temis Bogotá y Depalma Buenos Aires, 1983, p. 113.

¹⁵ GUASP DELGADO, Jaime: *Concepto y método de Derecho Procesal*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 8.

sin un orden hacia algo. Proceso es, entonces, aquello que sucede con una realidad cambiante en el tiempo en dirección a su destino. Por eso es que Couture refiere que la idea de proceso es necesariamente teleológica, pues solo se explica por su fin¹⁶.

Hasta acá ya se tiene una idea general de lo que el concepto de proceso implica. Entonces ahora debe tratarse de ubicarlo dentro del campo de la filosofía, disciplina para la que *proceso*, *evolución* y *progreso* no deben ser confundidos.

El primero de ellos (*proceso*) ha sido abordado *in extenso* por las llamadas *filosofías procesualistas*, entre las cuales se distinguen por un lado las idealistas, y las realistas y pragmáticas por otro. Para las primeras el proceso es “*el desenvolvimiento de un absoluto o la serie de posiciones de un mismo acto*”¹⁷, mientras que para las segundas “*(...) toda la realidad se da bajo el aspecto de un proceso, pero esto no implica forzosamente que este proceso tenga que seguir una sola y única dirección; proceso puede significar entonces el modo mismo como está constituida cualquier realidad, sea esta material o espiritual ...*”¹⁸.

Evolución, en cambio suscita una idea de “*despliegue, desarrollo o desenvolvimiento de algo que se hallaba plegado (o replegado), arrollado o envuelto*”¹⁹. *Evolutio* era la voz utilizada para aludir al desenrollo de papiros, aunque hacia el siglo XVIII se utilizó en sentido metafórico para hacer referencia al desarrollo del organismo individual. Más adelante se empleó el término *evolución* para hacer referencia al proceso de transformación de unos organismos en otros de su misma especie o de especies distintas. Y en este punto es en el que *evolución* empieza a distinguirse de *proceso*.

¹⁶ COUTURE, Eduardo Juan: ob. cit. p. 145.

¹⁷ FERRATER MORA, José: *Voz proceso*, en *Diccionario de Filosofía*, T. II, Editorial Sudamérica, Buenos Aires, p. 488.

¹⁸ FERRATER MORA, José: ob. cit. p. 488.

¹⁹ FERRATER MORA, Jose: *Voz evolución*, en *Diccionario de Filosofía*, T. I, Editorial Sudamérica, Buenos Aires, 1964, p. 604.

Porque lo característico de la evolución es que se trata de una forma de avance *reglado o predeterminado* y no caótico o aleatorio. Así, cuando se habla de la teoría de la evolución humana, por ejemplo, se hace referencia al proceso por el cual fue forjándose el *homo sapiens* y no otro tipo de ser vivo: para llegar al *homo sapiens* había que transitar un orden establecido por la naturaleza (o para algunos por un Ser Superior), sin el cual el resultado hubiera sido otro.

El desarrollo, por su parte, es el proceso o la evolución al que se han incorporado valores²⁰. Entonces, desde el punto de vista de la ética, un proceso o una evolución podrá ser considerado positivo siempre que su punto de llegada lo sea, de acuerdo con el valor que se hubiera podido obtener.

En consecuencia, si se hace referencia a un instrumento creado por la cultura para evitar la autodefensa, mediante el cual un tercero determina a quién corresponde el derecho en caso de un determinado conflicto jurídico, habrá de convenirse en que se trata de una evolución, puesto que es un proceso necesariamente reglado. No será una forma de progreso puesto que tal mecanismo en sí mismo no puede ser calificado apriorísticamente desde la ética.

2. El proceso jurisdiccional.

2.1. ***Una definición descriptiva: cómo es el proceso y hacia dónde va.***

Ya Mattiolo entendía al *juicio*²¹ como “(...) *una discusión legítima que dos o más personas entablan sobre una cuestión referente a sus derechos ante juez competente, llamado a resolver dicha cuestión*”²².

²⁰ FERRATER MORA, José: *Voz proceso*, en *Diccionario de Filosofía*, T. II, Editorial Sudamérica, Buenos Aires, p. 487

²¹ Entiéndase a *juicio* como sinónimo de *proceso*. Las diferencias entre *juicio*, *proceso* y *procedimiento* exceden de los alcances de este trabajo.

Y es que a estas alturas ninguna definición descriptiva de proceso jurisdiccional debería suscitar mayores disenciones en la doctrina procesal, sea porque todas coincidirán más o menos en sus elementos fundamentales o sea porque la profundización en los matices que cada autor confiere a la suya carezca de importancia.

Carnelutti, el *constructor de conceptos* por antonomasia, bajo esta misma tónica consideró que el proceso es “(...) *un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de las personas interesadas (partes) con una o más personas desinteresadas (jueces, oficio judicial)*”²³.

Guasp esbozó un concepto interesante, al señalar que el proceso es “(...) *una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de órganos del Estado instituidos especialmente para ello*”.²⁴

Pero si de definiciones descriptivas se trata, de la Rúa aporta una bastante completa cuando sostiene que:

“El proceso es un conjunto de actos sistemáticamente regulados por la ley procesal que se cumplen en forma gradual, progresiva y concatenada, es decir, sucediéndose en diversos grados o etapas en función de un orden preclusivo, y ligados de manera tal que cada uno es, en principio, consecuencia del anterior y presupuesto del que le sigue. Los actos procesales son cumplidos por órganos públicos predispuestos o por particulares autorizados u obligados a intervenir, en virtud de poderes, deberes, atribuciones o sujeciones que la propia ley procesal les concede e impone. Este conjunto de actos que constituyen el proceso tiene por finalidad inmediata la determinación de los hechos y el pronunciamiento de la sentencia, y en forma mediata, la actuación de la ley para

²² MATTIROLO, Luis: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, T. I, Editorial La España Moderna, Madrid (sin año de edición a la vista) p. 19.

²³ CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1973, pp. 21 – 22.

²⁴ GUASP DELGADO, Jaime: ob. cit, p. 25.

*lograr el fin supremo de justicia y paz social, que se puede condensar en la idea de seguridad jurídica*²⁵.

Sin embargo, entendiendo que no se está haciendo referencia en este apartado a cualquier proceso, sino a uno especial, cual es el jurisdiccional, se debe convenir en que éste es el instrumento por el cual la jurisdicción -y no otra entelequia- es aplicada. Entonces el destino del proceso no es otro que el de la jurisdicción en relación a un caso concreto. Si ese destino se traduce en la mera aplicación del derecho objetivo, o en paz social en justicia, en ambos, o tal vez en otros valores sociales, o ninguno²⁶, constituye un debate en el que no corresponde adentrarse por el momento. Lo cierto es, se reitera, que el proceso jurisdiccional busca alcanzar los fines que la jurisdicción ofrece en términos amplios pero para un caso individual.

Si esto es así, habrá de advertirse que el destino ideal del proceso jurisdiccional es, en un Estado Constitucional de Derecho, la cosa juzgada y su cumplimiento²⁷. Ni cosa juzgada sin cumplimiento, pues sería una fuente de deslegitimación de la jurisdicción, ni cumplimiento sin cosa juzgada, pues sería arbitrariedad. Ambos conceptos tienen una necesaria relación lógica y ética.

2.2. *Ontología del proceso.*

La verdadera dificultad se presenta cuando se pretende alcanzar una idea ontológica de proceso; es decir, una que explique qué es el proceso y no para qué sirve; cuál es, finalmente, la esencia del

²⁵ DE LA RÚA, Fernando: *Teoría General del Proceso*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 67.

²⁶ Un desgarrado Satta reflexionaba conmovedoramente que “... *proceso y juicio son actos sin finalidad, los únicos actos de la vida que no tienen una finalidad*”. (SATTA, Salvatore: *El Misterio del Proceso en Soliloquios y Coloquios de un Jurista*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971, pp. 3 – 19).

²⁷ Si nos preguntamos si puede haber cosa juzgada sin proceso habremos de contestar que sí. No obstante semejante manifestación de poder será esencialmente inconstitucional y antidemocrática.

proceso; qué define su individualidad y determina el o los factores que lo diferencian de entidades afines.

Porque desde los albores de la civilización el ser humano se preguntaba por la naturaleza de aquel fenómeno que servía de instrumento para que un tercero adopte una decisión respecto de su situación jurídica cuando le había sobrevenido un conflicto con otro. En términos generales la persona ya había internalizado la idea de la proscripción de la justicia por mano propia y sabía que cualquier diferencia con un tercero, siempre que ésta importe al Derecho, habría de ser resuelta por alguien ajeno, con poder legítimo y que tal decisión debería convertirse en definitiva en cierto momento, e incluso ejecutable mediante el uso de la fuerza. Resultaba menester, entonces, desentrañar qué era esa institución de tránsito hacia la solución de los conflictos jurídicos.

El devenir histórico hizo que la respuesta a la interrogante vaya sufriendo constantes cambios. En efecto, paradójicamente el concepto de proceso ha ido experimentando a su vez (y aún experimenta) un proceso cultural cuyo resultado no es posible determinar con precisión.

Es necesario entonces revisar las distintas teorías que pretenden explicar la naturaleza del proceso, debiendo aclarar que lo que se busca con esta empresa no es establecer el género al que pertenece la especie, lo cual puede ser bueno para otros menesteres. El objetivo es determinar si el proceso, de acuerdo a su naturaleza, tiene en el concepto *evolución* el ánimo que le confiere existencia, que es la posición que se sostiene de aquí en más.

2.2.1. *El proceso como contrato.*

La primera concepción de la que se tiene conocimiento al respecto fue la de la asimilación del proceso a la teoría de los contratos.

En el procedimiento *in iure* de la antigua Roma, dos sujetos jurídicamente enfrentados acudían ante un pretor con el objeto de fijar los límites de la controversia, todo lo cual se reflejaba en una *fórmula*. Así, en el procedimiento *in iudicium* el juez, sobre la base de lo establecido en la fórmula, podía dictar sentencia²⁸.

Para que el pretor pudiera elaborar la fórmula debía oír a las partes deliberar entre ellas y hacerlo con él mismo, lo que se constituía una forma de relación denominada *litis contestatio*, que por lo anotado suponía necesariamente un acuerdo entre demandante, demandado y pretor para poder desenvolverse; es decir, se constituía un contrato cuya ejecución se cumpliría en modalidad de *tracto sucesivo*. Fernández de Buján afirma al respecto: “La redacción de la fórmula, que reproduce por escrito el acuerdo contractual entre las partes, aprobado por el magistrado, supone la finalización de la fase *in iure*, y se denomina *litis contestatio*, en atención a que en los primeros tiempos se producía una llamada a testigos, con *testatio*, para que diesen fe del acuerdo logrado sobre los términos del litigio y la persona del juez, cuya sentencia se comprometían a acatar las partes”.²⁹ Más adelante manifiesta que: “Un sector amplio de la doctrina ha resaltado la naturaleza contractual de la *litis contestatio*, en atención a la promesa recíproca de comparecencia y al acuerdo sobre la designación del *iudex*”.³⁰

Colocándose, como lo hace Fairén Guillén³¹, en el contexto histórico de la antigua Roma, hay que advertir que el Derecho Público se encontraba en un estado embrionario, por lo que la única manera de *sujetar* (vincular) a las personas a las sentencias de los *iudices* era

²⁸ No obstante en la *extraordinaria cognitio* no había remisión de fórmula alguna al juez, sino que el propio pretor era quien conocía, instruía y resolvía. Se sostiene que a partir del emperador Diocleciano este procedimiento pasó de ser de uso regular.

²⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *Derecho Romano Público*, Octava Edición, Thomson Civitas, Navarra, P. 355.

³⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: ob. cit. p. 435.

³¹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Doctrina General de Derecho Procesal*, Librería Bosh, Barcelona, 1990, p. 39

acudir a una institución del Derecho Privado como el contrato, cuya legitimidad social no admitía cuestionamiento.

Por eso hacia el siglo V el derecho justiniano mantuvo el concepto de *litis contestatio* solamente como una ficción jurídica ya que, por supuesto, la resistencia del demandado de intervenir en el proceso no podría frustrarlo. Nótese que en este estadio ya era evidente que la existencia del proceso no podía depender de la exclusiva voluntad de las partes, por lo que la asimilación de su naturaleza a la del contrato empezaba a resquebrajarse.

Conforme se fue gestando el concepto de *jurisdicción* sustentada en el *Dives Augustus*, es decir en el Emperador y su autoridad divina, el criterio contractualista fue tornándose innecesario. A la larga, tal estado de cosas devino en el procedimiento *cognitio extra ordinem* que más tarde se hizo ordinario, en el que el concepto de *litiscontestatio* ya no era necesario. Por esta razón el concepto de *litiscontestatio* devino, nuevamente a decir de Fairén Guillén, en un mito jurídico³².

Pero como bien explican Areal y Fenochietto³³, a partir de fuentes romanistas (seguramente mal interpretadas o interpretadas de manera forzada³⁴), autores franceses del siglo XVIII y XIX como Pothier, Demolombe y Aubry y Rau creyeron ver en el proceso un acuerdo de partes (demandante y demandado) para solucionar ante un juez el conflicto que los enfrentaba. La conclusión era que el proceso constituía nada más que una especie dentro del género de

³² Al hablar de “mito” –mito jurídico, se entiende- me refiero aquí a la *litiscontestatio*, que, habiendo desempeñado un preeminente papel en el proceso romano clásico, ha sido conservada en su esqueleto formalístico con posteridad y por espacio de muchos siglos, con los caracteres de nebulosidad cada vez más acentuados del mito jurídico (siendo éste en no poca parte culpable – causante – del retraso de los trabajos científicos procesales, y de abundantemente cantidad de errores de calidad). FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Una Perspectiva Histórica del Proceso: La Litis Contestatio y sus Consecuencias*; en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1953, p. 240.

³³ AREAL, Leonardo Jorge y FENOCHIETTO, Carlos Eduardo: *Manual de Derecho Procesal*, T. I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1966. p. 189.

³⁴ Sólo así podría entenderse que se confunda a la parte con el todo, pues la etapa *in iure* era solo eso: una etapa del proceso romano -que puede considerarse más bien el antecedente del arbitraje- y no todo el proceso romano. Para la etapa *in iudicio* la teoría carece de explicaciones.

los contratos (se le llamó *contrato judicial*) y por lo tanto su determinación y ubicación en el sistema jurídico y en la doctrina tenían que desencadenar en aspectos contractuales. Un ejemplo de ello fue la tesis de que la cosa juzgada era una consecuencia del principio que informa que los contratos solo surten efectos entre las partes que lo celebraron.

Couture observa que la tendencia a concebir al proceso como un contrato se entiende por la propensión de los pensadores del siglo XVIII “(...) de configurar como contratos las más diversas formas de orden social”³⁵, lo que es ratificado por Silva Vallejo cuando señala: “Por otra parte, la *litis contestatio* así concebida, puede fundamentarse en la *communis opinio* de esta época contractualizante; especialmente desde el punto de vista de la filosofía de la ilustración y del enciclopedismo racionalista de Jean Jacques Rousseau (...)”³⁶.

La falta de respuestas de esta teoría a cuestiones tan evidentes como la situación del demandado, quien se halla sujeto al proceso aún contra su voluntad, y el que los procesos se generen por el desacuerdo de las partes, es decir todo lo contrario al necesario acuerdo para que exista contrato, dio como resultado su relativo abandono. Y es relativo porque, como se verá más adelante, reminiscencias de esta teoría se expresarían ulteriormente en la *teoría del proceso como relación jurídica*, a la que se adscribe gran parte de la doctrina nacional e incluso nuestro Código Procesal Civil.

2.2.2. El proceso como cuasicontrato.

Ante el desconcierto generado por el fenómeno que engendra obligaciones pese a que usualmente la parte demandada no manifiesta aceptación a él, y no tratándose de un contrato, de un

³⁵ COUTURE, Eduardo Juan: ob. cit. p. 128

³⁶ SILVA VALLEJO, José Antonio: *Naturaleza Jurídica del Proceso*, en *La Ciencia del Derecho Procesal*, Ediciones FECAT, Lima, 1991, p. 193.

delito ni de un cuasidelito es que por descarte se llegó a la determinación de que el proceso era un *cuasicontrato* (casi un contrato) denominado cuasicontrato de litis contestatio.

Alcalá Zamora muestra su sorpresa frente a semejante deducción que pasó por alto a la fuente de las obligaciones más importante según la concepción clásica: la ley, “(...) *la única de donde puede derivar una explicación satisfactoria de los nexos a que el proceso da lugar*”³⁷. Para este autor, además, el concepto de cuasicontrato había sido mucho menos elaborado que el de contrato, por lo que su manipulación resultaba ser demasiado arriesgada. Serra Domínguez ironiza señalando que esta teoría intentó explicar un concepto con otro concepto, con la peculiaridad de que el concepto definido era más claro que el definidor³⁸.

El proceso tampoco podía conceptualizarse como un cuasicontrato pues *¿en qué podía parecerse el proceso a la gestión de negocios o al pago indebido, por mencionar algunos de los cuasicontratos generalmente aceptados por esta doctrina?* Era claro que en nada.

Piero Calamandrei hace referencia a esta teoría y le reconoce algún mérito cuando apunta:

*“En sustancia, cuando los viejos prácticos, aproximando al proceso al contrato, hablaban de cuasi-contrato judicial, decían una cosa no muy distante de la que se dice hoy, cuando se reconoce que en el proceso de tipo dispositivo las partes, valiéndose a su elección de las “posibilidades” ofrecidas por la ley procesal, consiguen dirigir los poderes del juez e influir sobre el contenido de la sentencia con efectos no menos penetrantes de aquellos que podrían derivar de ejercicio de poderes negociables (...)”*³⁹.

³⁷ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p.123.

³⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Jurisdicción, Acción y Proceso*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008, p. 241.

³⁹ CALAMANDREI, Piero: *Un maestro del liberalismo procesal*, en *Revista de Derecho Procesal*, vol. I, EDIAR Soc. Anón. EDITORES, Buenos Aires, 1951, p. 165.

No obstante, ello no quiere decir que el profesor de Florencia haya validado la teoría, sino que, antes bien, percibe el razonamiento de quienes la postularon en su momento.

2.2.3. El proceso como relación jurídica.

Huérfano de género, la especie proceso debió buscar asilo en una categoría más adecuada que la del contrato y el cuasi contrato. Savigny, Puchta, Windscheid y los pandectistas alemanes habían estado trabajando en una a la que llamaron *relación jurídica*, cuyo basamento final se hallaba en la constatación de los vínculos intersubjetivos que se establecen en los hechos y en la vida. No obstante, es bueno decirlo, esta novedosa categoría fue pensada para el Derecho Privado. El ya citado Serra Domínguez lo explica así:

“La relación jurídica es una relación entre varias personas determinada por una regla de Derecho, y pueden distinguirse en ella dos elementos: uno material, la relación en sí misma considerada como hecho de la vida social; y otro formal, el valor jurídico atribuido a esa relación social”.⁴⁰

Bajo el influjo de esta novedosa categoría, el romanista profesor de la Universidad de Giessen, Oskar von Bülow, publicó en 1868 su célebre trabajo intitulado *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales* y con ello, acaso sin darse cuenta, había marcado el momento inicial del Derecho Procesal como disciplina autónoma. Pero, *¿cómo podría independizarse al Derecho Procesal del Derecho Civil mediante el uso de una categoría propia de este último?* Bülow consideró que al margen de la relación jurídica regulada por el Derecho Civil, el proceso constituía una relación jurídica de carácter público y por ende diferente. Nunca explicó cómo el Derecho Publico podría absorber esta teoría y, sin embargo,

⁴⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: ob. cit. p. 243.

provocó para el Derecho algo que, a decir de Couture, es comparable con lo que para la Física fue la descomposición del átomo⁴¹.

Él lo expresó con suma claridad en los primeros párrafos de su obra, cuando sostuvo que:

*“Nunca se ha dudado de que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica. Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública”.*⁴²

La teoría fue acogida de inmediato y con gran entusiasmo. Köhler la profundizó. Chiovenda, padre de la Escuela Italiana de Derecho Procesal, la adoptó en sus célebres *Instituciones*⁴³ y con ello la irradió al mundo procesal entero.

Prácticamente no hubo discrepancias en torno a la naturaleza del proceso como relación jurídica, sino respecto a la forma en que ésta se constituía. Así, para Hellwig la relación se establece entre cada

⁴¹ En realidad el objeto del estudio fue demostrar que bajo el concepto de *excepciones dilatorias* propio del Derecho Romano se había cobijado a una categoría diferente y proveniente del Derecho Germánico consistente en la alegación de defectos procesales impositivos de la constitución de una relación jurídica procesal válida. Bülow la denominó *presupuestos procesales*. Jamás tuvo la intención de crear una nueva disciplina jurídica, como en efecto –y por fortuna– sucedió.

⁴² BÜLOW, Oskar von: *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1964, pp. 1 – 2.

⁴³ “*El proceso (...) es una unidad jurídica, una organización jurídica: en otros términos, una relación jurídica*”. (CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2005, p. 72).

una de las partes y el juez; para Köhler solamente entre las partes y frente al juez, mientras que para Bülow y Wach es trilateral: entre las partes y el juez.

La teoría de la relación jurídica ha sido preponderante en los estudios de Derecho Procesal. En el caso peruano, el maestro sanmarquino Mario Alzamora Valdéz, influenciado por la obra de Bülow y la de Chiovenda, la acogió sin ambages: “*Chiovenda, inspirado en la idea vislumbrada por Hegel, afirmada por Bethmann y desenvuelta por Bulow y Kohler, ha señalado con verdadero acierto, que el proceso constituye una relación especial cuyos caracteres son: autonomía, complejidad y pertenencia al derecho público*”⁴⁴; escribía el primer procesalista de nuestro país⁴⁵.

Por lo demás, la teoría de la relación jurídica tiene predicamento en el Código Procesal Civil nacional, en cuyo texto hay algunas referencias a ella.⁴⁶

Sin lugar a dudas esta suerte de eslabón perdido, que permitió se dotara de autonomía al Derecho Procesal, fue una luz; pero contradictoriamente también fue una sombra. Y es que el abuso de la autonomía por parte de los procesalistas hizo que el Derecho Procesal perdiera la perspectiva y se enfrascara en el debate de teorías inconducentes que lo alejaron de su verdadero rol, cual es el establecer los mecanismos más adecuados para que quien tuviera razón la pueda defender satisfactoriamente ante la jurisdicción⁴⁷. Con la teoría de la relación jurídica el Derecho y el proceso enrumbaron por caminos diferentes, muchas veces antagónicos, y viéndolo en

⁴⁴ ALZAMORA VALDÉZ, Mario: *Derecho Procesal Civil*, octava edición, EDDILI, Lima (sin fecha de edición a la vista), p. 16.

⁴⁵ El Dr. Julián Guillermo Romero debe ser considerado como el protagonista del tránsito entre el procedimentalismo al procesalismo en el Perú. Una suerte de Tomás Joffre peruano, salvo que él introdujo a su obra el pensamiento de Chiovenda cinco años antes que el argentino.

⁴⁶ Así por ejemplo, el artículo 465° determina que los jueces se pronuncien sobre la validez o invalidez de la *relación jurídica procesal*.

⁴⁷ Un ejemplo de cómo el abuso de esta autonomía derivó en discusiones inconducentes fue el ampuloso debate en torno a la naturaleza del derecho de acción. Tanto hartazgo generó la discusión que el profesor Salvatore Satta calificó a la acción como el tema *más torturado* del Derecho Procesal.

perspectiva, era claro que esto no podía redundar en una mejor justicia para la gente.

Más aún cuando la teoría en sí misma parece ser equivocada. Para comenzar hay que reiterar que la relación jurídica fue un concepto pensado para el Derecho Privado y no para el Público. Notará el lector que una relación jurídica está compuesta por derechos y obligaciones que, como se verá más adelante, no sea dan en el Derecho Procesal, y he aquí la razón por la que sus críticos encuentran el entroncamiento de esta teoría con la del contrato.

Bülow sí advirtió que la relación jurídica procesal pertenecía al Derecho Público a diferencia de la relación jurídica material propia del Derecho Privado; pero, se reitera, nunca justificó los argumentos que lo habrían llevado a aplicar a la primera toda esta teoría y, aún más: le restó importancia al asunto. Dijo:

*“Pero, nuestra ciencia procesal ha dado demasiada trascendencia a este carácter evolutivo. No se ha conformado con ver en él sólo una cualidad importante del proceso, sino que ha desatendido precisamente otra no menos trascendente: la de relación jurídica del mismo. En lugar de considerar al proceso como una relación de derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes, ha destacado siempre únicamente aquel aspecto de la noción de proceso que salta a la vista de la mayoría: su marcha o adelanto gradual, el procedimiento (...)”.*⁴⁸

El olvido dejó un importante asunto sin resolver: mientras la relación jurídica material objeto del proceso aparecía como algo ya consumado respecto de lo cual había que juzgar, la supuesta relación jurídica procesal se iniciaba con la litiscontestatio y su destino es desconocido. Si la relación jurídica material ya está conceptualmente agotada y la procesal no, quiere decir que la segunda deberá desenvolverse y si esto es así lo que realmente diferencia al proceso de la relación jurídica material no es que sea otra relación jurídica sino

⁴⁸ BÜLOW, Oskar von: ob. cit. p. 3.

que es un fenómeno en evolución. La evolución y no otra cosa es, pues, la piedra de toque que confiere identidad al proceso.

La conclusión es que el gran mérito de esta teoría es la de haber conferido al Derecho Procesal la necesaria autonomía para su desarrollo pleno; no obstante, habiendo logrado sobradamente esta finalidad, es justo advertir su insuficiencia para la explicación del fenómeno procesal. Reconoce al proceso como una realidad dinámica solamente en lo que respecta en su tránsito hacia la sentencia pero no en lo más importante: su destino material incierto que responde fundamentalmente al aprovechamiento que las partes hagan de las chances puestas a su disposición por la ley.

2.2.4. *El proceso como situación jurídica.*

“Un rebaño no constituye una relación porque sea un complejo jurídico de cosas semovientes”, decía socarronamente Goldschmidt respecto de la teoría del proceso como relación jurídica⁴⁹. Con ello el maestro alemán pretendía graficar de qué forma es que un conjunto de actos de diferentes sujetos, aún cuando dirigidos a la misma finalidad como el proceso, no necesariamente tiene que constituir una relación jurídica, a no ser que se quiera dotar al concepto de un significado nuevo.

Marcando una gran distinción del fenómeno procesal respecto de la relación jurídica propia del derecho material, Goldschmidt advirtió que en éste no existen derechos ni obligaciones, que son los componentes característicos de aquella. Si con motivo del proceso se originaran derechos para las partes, estos deberían tener su correlato en obligaciones exigibles a alguien y viceversa, cosa que no ocurre. Así por ejemplo, si contestar una demanda o apelar de una sentencia fueran obligaciones, debería haber al frente algún derecho de alguien

⁴⁹ GOLDSCHMIDT, James: *Teoría General del Proceso*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936, p.23.

que los respalde y esto sencillamente no se da⁵⁰. Del mismo modo, están descartadas las hipótesis de responsabilidad por inejecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa propias de los vínculos obligacionales. Y sucede así por la razón de que en el proceso ocurre algo distinto: cada quien debe velar por su mejor posición, de manera tal que si existe un imperativo para las partes, éste es para con ellas mismas. A tal instituto Goldschmidt llamó carga procesal. Dijo:

“... la necesidad de una actuación para prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, representa una carga procesal. Esta última categoría del enfoque procesal corresponde al concepto material del deber o de la obligación”⁵¹.

El principal postulado de la teoría del proceso como situación jurídica es que en ausencia de deberes y obligaciones procesales, las cargas procesales establecidas en la ley proveen a las partes de una serie de oportunidades de ataque y/o defensa, cuyo correcto ejercicio hará que la posición de cada una de ellas frente a la futura sentencia (esto es, su *situación jurídica*) se favorezca o se perjudique.

De esta manera el proceso no es un fenómeno estático que discurre entre derechos y obligaciones pre-establecidos sino más bien un ente dinámico por definición, cuyo destino se configurará en función de qué tan bien o mal habrán ejercido las partes las oportunidades que a cada una de ellas correspondía. Este aspecto dinámico está dado justamente por la situación jurídica (ventaja / desventaja) que a cada parte corresponda hasta que sobrevenga la decisión final.

Habrà de apreciarse que esta teoría confiere a la evolución una nota característica y determinante del proceso: en la medida que las

⁵⁰ Evidentemente que existe un derecho de las partes al debido proceso en sus diversas manifestaciones (derecho a contestar, derecho a apelar, etc.); sin embargo estos derechos no son procesales sino constitucionales. Lo mismo respecto de la obligación del juez de proveer, que no es procesal sino funcional.

⁵¹ GOLDSCHMIDT, James: ob. cit., p. 53.

situaciones jurídicas son mutables, a cada parte corresponde velar porque la suya sea de ventaja hasta que la sentencia así lo establezca en definitiva.

Pese a que la concepción del proceso en comentario es denominada como de la *situación jurídica*, parece ser que en realidad lo que proclama es que el proceso es *el escenario en que tienen lugar diversas situaciones jurídicas* como resultado de la actividades de cada una de las partes⁵². Y como esta habría sido la óptica con que Goldschmidt analizó el fenómeno, debe advertirse que si el proceso es un escenario en que se producen muchas situaciones jurídicas, habría que determinar la naturaleza de ese escenario, ya que la situación jurídica no sería, evidentemente, la última de las categorías a las que esta doctrina nos conduce. Un poco más adelante se volverá sobre el tema.

Pero lo importante de esta teoría es que deposita la fuerza motriz del proceso en los actos de las partes. *¿Es esto acaso el reflejo de una visión individualística del proceso, como lo había calificado Calamandrei?*⁵³ Puede que así sea, pero esto en modo alguno constituiría un demérito, ya que la razón indica que la mayor vocación por que el proceso cumpla con su cometido es la de los titulares de los intereses allí enfrentados.

Y si bien la teoría del proceso como relación jurídica había pasado a convertirse en una especie de Caverna de Platón, a partir de Goldschmidt el estereotipo empezaría a ser abandonado, aunque no definitivamente pues –debe decirse– la teoría de la relación jurídica sigue siendo, y no se entiende a santo de qué, la más difundida y aceptada y en esto hay una gran responsabilidad de los procesalistas.

⁵² Hay que indicar que Goldschmidt jamás dijo que el proceso era una sola situación jurídica. Antes bien, el desarrollo de su teoría conduce inequívocamente a que en el proceso tienen lugar muchas situaciones jurídicas.

⁵³ CALAMANDREI, Piero: *El Proceso como Juego*, en *Estudios sobre el Proceso Civil* T. III, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1986, p. 266.

Para quienes se dedican a ejercer el Derecho ante los tribunales de justicia esta teoría del proceso es la que mejor refleja su quehacer diario: estar muy atentos a lo que pasa, puede pasar y qué es lo que pueden hacer para que aquello que acontezca corone en un resultado favorable al interés que defienden. Tal apreciación del proceso como fenómeno dinámico es la que se encuentra más lejana de la idea de su paralización sin causa suficiente. Una situación estacional prolongada demuestra que aquello que se inició como proceso ha dejado de ser tal.

2.2.5. El proceso como institución.

El profesor español Jaime Guasp creyó percibir que en el proceso ciertamente existían derechos y deberes, pero en su consideración éstos no conformaban una sino varias relaciones jurídicas. Consecuentemente para él la relación jurídica no constituía la categoría última que unificara la idea de proceso, sino que era necesario elevar la observación a un grado más. A su entender, dicha observación terminaba en el concepto de institución.

*“Institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad”*⁵⁴. Si se recuerda que para Guasp el proceso es un instrumento de satisfacción de pretensiones⁵⁵, entonces la idea común de la institución llamada *proceso* es precisamente esa: la satisfacción de pretensiones, por lo

⁵⁴ GUASP DELGADO, Jaime y ARAGONESES, Pedro: *Derecho Procesal Civil*, T. I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998, p. 36.

⁵⁵ *El proceso aparece así como un instrumento de satisfacción de pretensiones, una construcción jurídica destinada a remediar, en derecho, el problema planteado por la reclamación de una persona frente a otra. El ordenamiento jurídico trata de resolver este problema mediante un mecanismo de satisfacción, pero de satisfacción evidentemente jurídica y no de satisfacción intersociológica o social. Para el derecho una pretensión está satisfecha cuando se le ha recogido, se le ha examinado y se la ha actuado o se ha denegado su actuación: el demandante cuya demanda es rechazada está jurídicamente tan satisfecho como aquel cuya demanda es acogida.* (GUASP DELGADO, Jaime: *La Pretensión Procesal*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1981, pp. 44 – 45).

que las voluntades particulares, del juez y de las partes, concurren en una misma dirección: la de aquella.

Este último aspecto nos permite apreciar que para la teoría del proceso como institución también la evolución le es consustancial. No de otra forma podría interpretarse el sentido de las voluntades particulares de los sujetos procesales.

Como es sabido, Couture acogió esta teoría pero se retractaría más adelante⁵⁶ en razón a que consideraba que no existía una determinación unívoca del contenido del concepto *institución*. Pero además de ello deberá apreciarse que el concepto institución es, de acuerdo a lo explicado por el propio Guasp, una institución, con lo que su propuesta cae en una tautología insalvable que le resta peso doctrinal. Y aunque nadie puede discutir que el proceso sea en efecto una institución, todo parece indicar que ese no es, en propiedad, el concepto que explique su naturaleza jurídica.

2.2.6. El proceso como procedimiento.

Para Ramos Méndez la teoría del proceso como procedimiento es, tal vez, el paso más avanzado en la investigación en torno a su naturaleza jurídica. *“Por este camino se ha profundizado hasta el límite, según creo, en el estudio ontológico del proceso”,* refiere.⁵⁷

Esta propuesta teórica, según el ya aludido Ramos Méndez, se genera en un intento de Carlo Furno por construir una concepción del proceso sin necesidad de valerse de categorías pertenecientes a otras ramas del Derecho. La base de la teoría de Furno partía del concepto de proceso como acto; es decir, del procedimiento. De esta manera se abandonaban los intentos de descifrar la esencia del proceso desde los sujetos que lo integran, como hacían casi todas las teorías anteriores.

⁵⁶ COUTURE, Eduardo: ob. cit. p. 145.

⁵⁷ RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1979, p. 34.

Quienes entienden al proceso como procedimiento concuerdan en que sus elementos son dos: los actos (procesales) y su dimensión temporal. El énfasis puesto en cada uno de estos elementos es lo que marca las diferencias entre los seguidores de la teoría.

Sin embargo, la propuesta es más o menos la siguiente: el proceso es la sucesión de actos secuenciales y ordenados lógicamente y cronológicamente por el vínculo del procedimiento, que es lo que confiere efectos a cada uno de ellos.

La principal crítica que hace Ramos Méndez a esta teoría es que incluye en el procedimiento la idea del tiempo y eso, para él, es algo que le corresponde al proceso. El procedimiento, señala, es solamente el cauce en el cual discurre el proceso⁵⁸.

Habría que discrepar con el autor citado. La principal crítica a esta teoría no es la incorporación del tiempo al concepto de procedimiento, pues es opinable que este factor no tenga que ver con la manifestación dinámica del proceso que no es sino el procedimiento. La principal crítica a esta teoría es, según se puede ver, que hace un esfuerzo inútil por decantar el concepto de proceso de categorías ajenas al Derecho Procesal. Inútil por cuanto la teoría del proceso como escenario de producción de situaciones jurídicas creada por James Goldschmidt ya lo había hecho y con resultados altamente satisfactorios. En efecto, la situación jurídica, entendida bajo la propuesta del maestro alemán es ya una categoría propia e innovadora de su propuesta del Derecho Justicial, sobre el cual construyó su sistema procesal o Derecho Justicial Formal, como él lo denominó.

No hay en esta teoría nada que aporte una novedad a la idea de proceso. Sin embargo adviértase que en su meollo se encuentra, como no podía ser de otra manera, el carácter evolutivo del fenómeno.

⁵⁸ RAMOS MÉNDEZ, Francisco: ob. cit. p, 38.

2.2.7. Teoría negacionista.

La determinación de la naturaleza jurídica de determinada categoría del Derecho tiene una finalidad práctica y atendible: establecer cuál es el género a la que pertenece dicha especie, lo que es de suma utilidad para fines de interpretación. En el caso del proceso, si se adopta la teoría del proceso como contrato será claro que le serían aplicables las normas al respecto y lo mismo con relación a las demás teorías.

Pero ocurre que un sector de la doctrina considera que el proceso no tiene categoría jurídica, pues en no hay una entidad superior a la que pueda ser asimilado. El proceso, afirma esta corriente de opinión, es en sí mismo la propia entidad superior.

Montero Aroca, uno de los autores más identificados con esta posición, refiriéndose al proceso manifiesta que *“Este constituye por sí solo una categoría jurídica autónoma, con lo que no importa ya buscar su naturaleza jurídica en sentido clásico, esto es, encuadrándolo en una categoría más general. Lo que importa ahora es descubrir su razón de ser, precisar su porqué”*.⁵⁹

Serra Domínguez, también español, escribió que: *“(…) siendo el proceso una realidad por sí misma, peculiar y heterogénea con las restantes realidades jurídicas, es imposible una agrupación que permita encuadrarla en un género superior”*⁶⁰. *“(…) no existe figura alguna parecida al proceso en tal forma que cualquier intento de definir su naturaleza jurídica descansa en una tautología: el proceso es tan solo y únicamente el proceso”*⁶¹.

Algo similar opina Alvarado Velloso cuando señala que *“... a partir de que se ha concebido a la acción procesal como una instancia necesariamente bilateral, el proceso (objeto de aquella) adquirió una*

⁵⁹ MONTERO AROCA, Juan: *Introducción al Estudio del Derecho Jurisdiccional Peruano*, ENMARCE E.I.R.L., Lima, 1999, p. 177.

⁶⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: ob. cit. p. 253.

⁶¹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: ob. cit. p. 258.

*categoría jurídica propia que no puede ser subsumida en otra categoría general. De tal modo, el proceso es el proceso. Y punto*⁶².

Ahora bien, aún considerando válida la teoría negacionista, esto no debe llevar a pensar que las categorías procesales no merecen un tratamiento especial y diferenciado de las de derecho material. Que el proceso no tenga naturaleza jurídica no debe suponer en modo alguno que su estudio no amerite la determinación de características propias⁶³.

Luego de reflexionar sobre las teorías expuestas, todo conduce a concluir que la negacionista es la que más se aproxima a la realidad de las cosas. Ha de aceptarse, con Goldschmidt, que el proceso es un escenario en que se producen situaciones jurídicas, pero a la pregunta sobre la naturaleza de dicho escenario deberá responderse que su naturaleza es la de ser el proceso. Como se ve, a través de este análisis se llega a la misma conclusión que los negacionistas. No existe una categoría superior a la del proceso; pero siendo así salta más a la vista su carácter de instrumento de desarrollo progresivo cuya finalidad es el ejercicio de la jurisdicción^{64 65}.

3. El antiproceto.

La doctrina procesal no es abundante en lo que se refiere al análisis del momento a partir del cual el proceso pierde su nota característica y en lugar de fenómeno evolutivo deviene en una entidad estacionaria. *¿Cómo podría continuar “siendo” algo que pierde su*

⁶² ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Proceso y República. Crítica a las tendencias actuales del derecho procesal*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2014, p. 17.

⁶³ ... aún concluyendo que el proceso es el proceso, queda por hacer la labor más analítica de precisar si las diversas posiciones jurídicas subjetivas del órgano jurisdiccional y de las partes y la valoración de los actos jurídicos que realizan al ejercitarse aquellas posiciones, pueden ser explicadas con los mismos conceptos teóricos instrumentales que se ha configurado para explicar materias jurídicas no procesales. (ORTELLS RAMOS, Manuel: *La Naturaleza Jurídica del Proceso. Los Principios del Proceso*, en *Derecho Procesal. Introducción*, EDISOFER S.L., Madrid, 2006, p. 238).

⁶⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: ob. cit. p. 258.

⁶⁵ MONTERO AROCA, Juan: ob. cit. pp. 177 – 178.

propia alma? Tal fenómeno no es posible, pues cuando algo dejar de ser lo que le da individualidad sencillamente ya es otra cosa.

Y esto es lo que se considera que ocurre con el proceso cuando deja de lado su carácter evolutivo.

En efecto, como ya ha sido señalado, el destino natural del proceso es la cosa juzgada y su ejecución cuando ello resultare pertinente. Sin embargo, y como se verá más adelante, ocurren situaciones en las que el proceso se detiene por causas relacionadas con los sujetos procesales (el juez y las partes), el objeto (la pretensión) o la propia actividad procesal (por ejemplo una nulidad que retrotrae el proceso a una fase precluída). No estamos haciendo referencia a estos supuestos cuando aludimos a la pérdida del carácter evolutivo del proceso, pues estos casos tienen una etiología que no niega tal carácter.

El único caso en el que el proceso deja de ser tal se produce cuando, estando en condiciones de avanzar hacia su destino final, no lo hace y permanece más bien sin alteración por acto de dejación de los sujetos procesales. Como se ve, tal dejación no obedece al deseo de una mejor cosa juzgada ni nada parecido. Es una circunstancia estacionaria pura y simple; aquello que Sentís Melendo consideraba un *contrasentido*⁶⁶, que desde muy antiguo se denominó *abandono* y que es preferible llamar más bien *antiproceto*, dado que para que se configure no es importante la voluntad de las partes sino el hecho objetivo de la excesiva detención en el tiempo de este fenómeno dinámico por definición.

⁶⁶ “Idiomáticamente, proceso es sinónimo de avance; un proceso paralizado, en forma indefinida, es un *contrasentido*”. (SENTÍS MELENDO, Santiago: *Caducidad o perención de la instancia*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1967, p. 299).

Cuadro N° 01

Comprobación de la primera hipótesis específica

La evolución es un concepto ínsito a la idea de proceso, de manera que su contrario (la paralización procesal) lo desnaturaliza.

Se ha hecho una revisión de las más importantes teorías respecto de la naturaleza jurídica del proceso y todas ellas (aún la negacionista; es decir aquella que postula que el proceso no tiene naturaleza jurídica) coinciden en un único aspecto: al proceso le resulta ínsito el concepto de avance o, como es mejor considerarlo, el de evolución.

Un proceso sin evolución no es proceso, sino el fenómeno contrario. Por tal razón es que la paralización es aquello que más puede desnaturalizar al proceso, pues lo priva de su esencia más íntima.

4. El antiproceto en la teoría general de la paralización del proceso civil.

Carnelutti acuñó el término *crisis del procedimiento* para referirse a las situaciones especiales que, al presentarse en el desarrollo de la dinámica procesal regular, involucran una alteración en su modo de

ser⁶⁷. Más adelante Jaime Guasp haría un esfuerzo por sistematizar el concepto y dotarlo de una teoría general⁶⁸, entendiendo que la crisis del procedimiento corresponde a una categoría mayor, que él denomina *anormalidad*. Entonces, para el connotado autor español, la crisis del procedimiento es una situación de anormalidad que afecta su desarrollo, aspecto este último en el que difiere del profesor de Padua, para quien la anormalidad no comparte la naturaleza de la crisis sino que, antes bien, es su causa. Bajo el enfoque de Guasp, por ejemplo, si un proceso civil fuera iniciado de oficio nos encontraríamos frente a una *anormalidad procesal* pero no a una *crisis del procedimiento* en estricto. Del mismo modo, las situaciones de renuncia, desistimiento, allanamiento, transacción, convenio o caducidad son hipótesis de anomalías procesales mas no así de crisis procedimentales. La crisis solamente puede producirse en el decurso del procedimiento; es decir, ni en el comienzo ni en el final.

Fiel a su estilo, Guasp propone sistematizar la crisis a partir de las tres dimensiones que cualquier manifestación del Derecho Procesal admite, es decir, sujeto, objeto y actividad. De esta manera puede apreciarse la existencia de crisis subjetivas, objetivas y de actividad.

Las crisis subjetivas son situaciones anormales que se producen en cualquiera de los tres sujetos del proceso (el juez y las partes) y que afectan su derrotero. En lo que respecta al juez, pueden darse dos variables: crisis en el órgano jurisdiccional y crisis en la persona del juez. La crisis en el órgano jurisdiccional puede producirse como consecuencia de la incompetencia detectada de oficio o a instancia de parte⁶⁹, o de incompetencia sobrevenida por una modificación organizacional. Sabemos que como consecuencia del principio

⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, T. IV, UTEHA Argentina, 1944, pp. 447 – 590. Del mismo autor: *Instituciones del Proceso Civil*, Vol. II, cit. pp. 148 – 178.

⁶⁸ GUASP DELGADO, Jaime: *La paralización del proceso civil y sus diversas formas*, en *Estudios Jurídicos*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996, pp. 545 – 554.

⁶⁹ Así por ejemplo el artículo 35° del Código Procesal Civil peruano establece que cualquier caso de incompetencia debe ser declarado de oficio, salvo cuando se trate de incompetencia territorial. Del mismo modo, el artículo 451° del citado Código refiere en su inciso 6° que el efecto de la excepción de incompetencia será la remisión del expediente al órgano jurisdiccional competente.

perpetuatio jurisdictionis o *perpetuatio fori*, una vez que un órgano jurisdiccional asume competencia la mantiene aún cuando el objeto de la pretensión sufra mutaciones en el decurso del proceso⁷⁰. No obstante suele ocurrir que por disposiciones de política jurisdiccional se establezcan órganos especializados que asumen competencia por razón de la materia (por ejemplo, Juzgados Especializados en materia constitucional, tributaria, etc.) o por razón del estado del proceso (Juzgados sentenciadores). En estos casos es evidente que el procedimiento sufre una alteración subjetiva que, como veremos más adelante, puede repercutir en la actividad. Cuando la crisis se produce en la persona del juez, sea por promoción, licencia, remoción o cualquier otra circunstancia, habrá evidentemente una modificación objetiva que también podrá tener efecto en la actividad (así, por citar, el inciso 6° del artículo 50° del Código Procesal Civil⁷¹).

En lo que se refiere a las partes, Guasp hace referencia a *la desaparición o transformación de éstas, en sí mismas o en alguna de las calidades que tienen relevancia para el proceso*⁷². Como ejemplos de estos casos podemos citar a la extromisión y sucesión procesales a que se refieren los artículos 107⁷³ y 108⁷⁴ del Código Procesal

⁷⁰ Código Procesal Civil peruano. **Art. 8°.- Determinación de la competencia.** *La competencia de determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud y no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho que ocurran posteriormente, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario.*

⁷¹ Código Procesal Civil peruano. **Artículo 50°.- Deberes.** *Son deberes de los Jueces en el proceso:*
(...)

6. *Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia. El juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El Juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable.*

⁷² GUASP DELGADO, Jaime: *La paralización ...* ob cit. p. 546.

⁷³ Código Procesal Civil peruano. **Artículo 107°.- Extromisión.** *Excepcionalmente, en cualquier momento el Juez por resolución debidamente motivada, puede separar del proceso a un tercero legitimado, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia.*

⁷⁴ Código Procesal Civil peruano. **Artículo 108°.- Sucesión procesal.** *Por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando:*

1. *Fallecida una persona que sea parte en el proceso, es reemplazada por su sucesor, salvo disposición legal en contrario;*
2. *Al extinguirse o fusionarse una persona jurídica, sus sucesores en el derecho discutido comparecen*

Civil peruano, así como a la conformación del litisconsorcio necesario⁷⁵ y al producto de una excepción de falta de legitimidad para obrar declarada fundada⁷⁶. En estos casos la crisis también podría afectar la actividad.

Sobre las crisis objetivas, apunta Guasp que:

“(...) incluyen las hipótesis de cambio o transformación en la demanda, el cambio o transformación en la oposición a la demanda (en cuanto la oposición no proporciona pero sí delimita el objeto procesal) y el cambio en el nexo lógico que liga a la pretensión con la oposición, esto es, las cuestiones, cuando surge en el desarrollo procesal un incidente”.⁷⁷

y continúan el proceso;

3. El adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, sucede en el proceso al enajenante. De haber oposición, el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor; o

4. Cuando el plazo del derecho discutido vence durante el proceso y el sujeto que adquiere o recupera el derecho, sucede en el proceso al que lo perdió.

En los casos de los incisos 1. y 2., la falta de comparecencia de los sucesores, determina que continúe el proceso con un curador procesal.

Será nula la actividad procesal que se realice después que una de las partes perdió la capacidad o titularidad del derecho discutido, siempre que dicho acto le pueda haber generado indefensión. Si transcurridos treinta días no comparece el sucesor al proceso, el Juez debe designar a un curador procesal, de oficio o a pedido de parte.

⁷⁵ Código Procesal Civil peruano. **Artículo 95°.- Facultades del juez respecto del litisconsorcio necesario.** En caso de litisconsorcio necesario, el Juez puede integrar la relación procesal emplazando a una persona, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso le va a afectar.

Si carece de la información necesaria, devolverá la demanda y requerirá al demandante los datos para el emplazamiento al litisconsorte.

Si el defecto se denuncia o el Juez lo advierte después de notificada la demanda, suspenderá la tramitación del proceso hasta que se establezca correctamente la relación procesal.

⁷⁶ Código Procesal Civil peruano. **Artículo 451°.- Efectos de las excepciones.** Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el Artículo 446, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes:

(...)

4. Suspender el proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal entre las personas que el auto resolutorio ordene y dentro del plazo que éste fije, si se trata de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado.

Vencido los plazos a los que se refieren los incisos anteriores sin que se cumpla con lo ordenado, se declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.

5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral.

(...).

⁷⁷ GUASP DELGADO, Jaime: *La paralización ...*, ob. cit. p. 546.

Para el caso peruano hay crisis objetiva, por ejemplo, cuando la demanda es modificada o ampliada.⁷⁸

Pero lo importante para lo que es materia de este estudio es lo que Guasp denomina *crisis de actividad*, respecto de lo cual ha sido inevitable adelantar algo, pues frecuentemente se presenta en conjunto con las crisis objetiva y subjetiva. A este respecto, teniendo en consideración que el procedimiento consiste en una sucesión de actos concatenados y ordenados según lo establecido en la regulación correspondiente, la crisis de actividad tendrá lugar cuando tal dinámica sufra alguna alteración. Para el aludido profesor solamente pueden darse tres posibilidades de este tipo de crisis: cuando:

“(...) el proceso avanza anormalmente, en el sentido de que, en el tránsito de los momentos anteriores a los posteriores, se omite la práctica de algunos intermedios; o el proceso se retrasa anormalmente, en el sentido de que vuelve de los momentos posteriores a los anteriores para repetir eventualmente algún acaecimiento ya transcurrido; o el proceso queda quieto sin proseguir su marcha hasta que se resuelva algún problema que ha dado lugar a su pendencia normal”.⁷⁹

El primer tipo de crisis (adelantamiento anormal del proceso) es infrecuente pero posible: es el caso, por ejemplo, de la casación por salto, figura abrogada de nuestro Código Procesal Civil en razón a su nulo uso por parte de los justiciables, así como el del juzgamiento anticipado; este último plenamente vigente⁸⁰. Guasp llama a tal forma

⁷⁸ Código Procesal Civil Peruano. **Artículo 428°.- Modificación y ampliación de la demanda.** **Artículo 428.-** *El demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada. Es posible modificar las pretensiones planteadas en la demanda, siempre que las nuevas pretensiones se refieran a la misma controversia que fue objeto del procedimiento conciliatorio.*

Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con traslado a la otra parte.

Iguales derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula la reconvencción.

⁷⁹ GUASP DELGADO, Jaime: *La paralización ...* ob. cit. p. 547.

⁸⁰ Código Procesal Civil peruano. **Artículo 473°.- Juzgamiento anticipado del proceso.** *El Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite que el informe oral:*

de crisis *salto procesal*, aunque refiere que la terminología no le es del todo satisfactoria⁸¹.

La segunda expresión de crisis en la actividad es llamada *retroceso procesal* y es la que se presenta, principalmente, cuando hay una nulidad que determina que el proceso se retrotraiga hasta una etapa ya precluida.

El tercer y, para Guasp, último caso de crisis en la actividad es el llamado *paralización procesal* que consiste en una quietud anormal del proceso. Volviendo a aplicar el mismo método utilizado para clasificar las hipótesis de crisis procesales, Guasp estudia la paralización procesal bajo tres enfoques: sujetos, objeto y actividad. De este modo, cuando crisis de paralización de la actividad procesal se genera en los sujetos (como por ejemplo el ya aludido caso de la muerte de alguna de las partes) se produce la *interrupción procesal*; cuando el objeto es el que resulta afectado estamos frente a *detención procesal* (ejemplo de este supuesto es la inamovilidad del proceso como consecuencia de una cuestión prejudicial o una defensa previa estimada o, incluso, cuando hay fuerza mayor procesal –el caso de las huelgas de los trabajadores del Poder Judicial, por ejemplo-). Finalmente, cuando sin que haya alteración en los sujetos procesales ni en el objeto del proceso, son los propios actos procesales los que determinan la anormal quietud, se produce la *suspensión procesal*. El caso típico de esta manifestación de crisis en la actividad procesal es la suspensión convencional del proceso.⁸² Carnelutti hace una diferenciación entre la suspensión del término y la suspensión del procedimiento con un ejemplo que vale la pena apreciar:

1. Cuando advierte que la cuestión debatida es sólo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva; o,
2. Queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad.

⁸¹ GUASP DELGADO, Jaime: *La paralización ...* ob. cit. p. 547.

⁸² Código Procesal Civil peruano. **Artículo 319°.- Suspensión convencional.** *La suspensión acordada por la partes requiere aprobación judicial. Se concede sólo una vez por instancia y no puede ser mayor de dos meses en cada caso.*

“(...) en un cierto momento, por la presencia de un obstáculo, el camino puede ofrecer una desviación o bien estar totalmente obstruido; esta última es la hipótesis de la suspensión del procedimiento, la otra se asemeja a la suspensión del término, que alarga el camino, pero que no impide proseguirlo”.⁸³

Como puede verse, este esfuerzo de esquematización que propone Guasp resulta sumamente útil para comprender aquellas situaciones especiales que suelen presentarse en el regular decurso del procedimiento, entendiendo éste como el camino lineal que las normas procesales trazan desde la interposición de la demanda hasta la cosa juzgada. Aunque en sentidos diversos, Carnelutti y Guasp aluden al término *anormalidad* para caracterizar al fenómeno.

Para Carnelutti la perención es una forma de crisis del procedimiento que él recoge con el término cesación⁸⁴. Por el contrario, para Guasp la perención no califica como crisis del procedimiento sino como anormalidad procesal.

Lo importante es que, sea que se acoja la teoría de uno u otro autor, ambas estudian el fenómeno de la paralización del proceso por dejación de las partes, ese mismo que casi coincidiendo con Sentís Melendo, se ha denominado *antiproseso*. Y su ubicación en la doctrina sale siendo crucial, pues una vez identificado el fenómeno, amerita determinar todas las demás características que lleva en sí, a los fines de evaluar si su regulación en las legislaciones responde a su naturaleza y, por supuesto, proponer algunos cambios si fuera el caso.

Si la evolución es el elemento que distingue al proceso y le confiere su carácter de tal, es evidente que el fenómeno de su paralización debe ser combatido. Y para ello solo existen dos formas: el impulso y la perención.

⁸³ CARNELUTTI, Francesco: *Sistema ...*, ob. cit. p. 448.

⁸⁴ La cesación del procedimiento comprende, según este autor, los casos de imposibilidad del litigio, autocomposición del litigio, compromiso, renuncia a los actos del juicio, caducidad e imposibilidad del proceso. (CARNELUTTI, Francesco: *Sistema ...*, ob. cit. pp. 549 – 579).

Cuadro N° 02

Comprobación de la segunda hipótesis específica

La paralización, como fenómeno procesal que es, debe tener una ubicación y un desarrollo determinado dentro de la teoría general del proceso.

Pocos son los autores que han hecho un desarrollo doctrinario de la paralización procesal y eso revela que en relación a este tema falta un desarrollo mucho más prolífico. Aunque con un contenido diferente, Carnelutti y Guasp lo hicieron, demostrando que el Derecho Procesal está en condiciones de hacer propuestas para su estudio sistemático.

La paralización procesal solo tiene dos remedios: el impulso, que le pone fin; o, la perención, que también le pone fin, a ella y al proceso mismo.

CAPÍTULO IV

DETERMINACIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA ESPECÍFICO:

Si la perención fue históricamente institucionalizada para regular una realidad jurídica determinada, ¿subsiste dicha realidad a la fecha?

Sumario: 1. Un origen de identificación complicada. 2. La perención en el Derecho Romano. 3. La perención en el Derecho Francés. 4. La perención en el Derecho Canónico. 5. La perención en el Derecho Español. 6. Reflexiones a la luz de la historia de la perención en relación con el segundo problema específico formulado..

1. Un origen de identificación complicada.

A diferencia de muchas de las instituciones de nuestro sistema jurídico, no existe claridad en torno al origen de la perención. Y desde que Chiovenda la calificara como un “*error histórico*”⁸⁵ la cuestión se tornó aún más complicada.

Un buen punto de inicio para la dilucidación del asunto puede tomarse de Parry⁸⁶, quien señala para algunos autores la perención se origina en el derecho antijustiniano mientras para otros en la constitución conocida como *Properandum* de Justiniano; y para un tercer grupo en el antiguo derecho francés.

⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe: *Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la Comisión de Postguerra*, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Ediciones Jurídicas Europa – América y Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1949, p. 323.

⁸⁶ PARRY, Adolfo E.: *Perención de la Instancia*, Tercera Edición, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, p. 13.

Como se verá a continuación, probablemente sea un producto de todas las etapas históricas arriba señaladas y de ninguna de ellas en particular. Es de suponer que se trata de una institución que en su probable origen no fue pensada para funcionar como funciona desde hace varios siglos, pero que está ahí, siempre presente e incluso asistiendo a los funerales de otras de mayor estirpe (piénsese en el juramento decisorio, por ejemplo).

Alguna vez afirmábamos con suma osadía que nunca hubo necesidad de teóricos de la perención⁸⁷; no obstante, luego de adentrarnos en la búsqueda de su origen histórico hemos podido comprobar nuestro equívoco mayúsculo. En efecto, incluso desde antes de que el Derecho Procesal exista como disciplina autónoma ya se habían producido investigaciones sobre la materia que gracias a la tecnología ahora es posible tener a la mano en forma íntegra.

Y si bien la historia de las instituciones no siempre es lineal, pues en el camino ocurren regresiones o incluso paradojas, a continuación se tratará de traer luces respecto a la configuración en el tiempo de esta entidad, sobre lo que muy poco se encuentra en la doctrina más o menos reciente en general y casi nada en la hispana.

2. La perención en el Derecho Romano.

Para referirse a Roma hay que partir -siguiendo a Masciotra⁸⁸- destacando que el ordenamiento conocido como las XII Tablas (450 – 451 a.C.), marcó el inicio estructural de la jurisdicción romana. Antes de las XII Tablas el Derecho en Roma no era escrito ni público, de manera que se prestaba a manipulaciones de los patricios en perjuicio de los plebeyos, castas éstas que a partir de su vigencia adquirieron isonomía (igualdad jurídica). Las XII Tablas, como todo ordenamiento,

⁸⁷ CAVERO RUIZ, Hugo: *Apología de la perención*, en *Ensayos de Teoría General del Proceso*, Jurivec, Lima, 2011, p. 96.

⁸⁸ MASCIOTRA, Mario: *Historia y Evolución de la Actividad Jurisdiccional*, Raguel Ediciones, Lima, 2015, p. 55.

requería de interpretación y ésta estuvo a cargo de los magistrados (pretore), pero también de los juristas que, valga señalarlo, cada vez más fueron laicos y de esta manera el Derecho fue progresivamente secularizándose, es decir independizándose de la religión.

El desarrollo de la actividad jurisdiccional romana se manifestó en tres sistemas que casi coinciden con tres acontecimientos históricos de la mayor importancia: las acciones de la ley durante la monarquía; el procedimiento formulario u ordinario durante la república y el procedimiento extraordinario en el imperio. Por supuesto que los cambios en los sistemas procesales no ocurrieron de un día para otro, sino en forma progresiva. Pero debe también considerarse que otros autores afirman que el proceso civil romano tuvo solamente dos etapas: la del *ordo iudiciorum* o *iudiciorum privatorum*, a su vez con dos sistemas: el de las acciones de la ley y el procedimiento formulario; y la *extraordinaria cognitio*.

El término *perención* no está recogido en ningún ordenamiento de la antigua Roma, pero sí se encuentra referencia al concepto *expirare* y su uso procesal, particularmente como *expiratio iudicii* (Gayo) y más aún a la combinación de *litis* con *muerte* (*litem mori*, *litem mortua*, *mors litis*, etc.) también en las *Institutas* de Gayo y el propio Digesto. No se encontrará en el Derecho Romano un régimen sistémico de la perención, sino apenas algunas formas de manifestaciones puntuales.

Según algunos autores como Allorio⁸⁹, la perención habría sido rastreada hasta el sistema del procedimiento formulario, con sus dos faces: *in iure* e *in iudicio*, y en, a su vez, dos manifestaciones: los *iudicia legitima* (procesos seguidos en Roma y hasta una milla extramuros entre ciudadanos romanos y por ante un juez romano) y los *iudicia quae imperio continentur* (procesos en los que una de las partes o el juez era peregrino). A decir del mencionado profesor, la *litiscontestatio* marcaba el inicio de un plazo máximo para el

⁸⁹ ALLORIO, Enrico: *Aspectos Históricos de la Perención*, en *Problemas de Derecho Procesal*, T. II, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, pp. 407 – 417.

procedimiento⁹⁰: en el primero de los casos era explícito y en el segundo implícito. Según un texto de Caius (*Commentario*, 104)⁹¹, en un primer momento los *iudicia legitima* no tenían un límite de tiempo para su desarrollo y este estado de cosas habría sido corregido el año 17 a.C., mediante una de las llamadas *Leyes Julias* (específicamente la *lex julia iudiciorum privatorum*) del emperador César Augusto, que estableció que los procesos no deberían tener una duración superior a los dieciocho meses. Como se ve, la excesiva demora de los procesos hizo necesario que se establezca un tope, un límite que determinara la necesidad de acelerar las actuaciones para cumplirlo. El establecimiento del plazo máximo para el desarrollo de los procesos tuvo pues una naturaleza de política jurisdiccional, entendiendo a esta última como el conjunto de decisiones adoptadas por la autoridad para encaminar a la función jurisdiccional hacia la obtención de determinados resultados considerados valiosos, por ejemplo celeridad, predictibilidad, afianzamiento de la legitimidad, etc. Parece claro que el resultado querido en este caso era la razonabilidad del plazo del proceso, aunque no puede tenerse certeza sobre si esta razonabilidad estaba orientada a la protección del interés de las partes, del sistema jurídico o de ambos.

Más adelante Gayo colocaría términos definitivos a esto cuando estableció que “(...) *son legítimos los juicios que se reciben en la ciudad de Roma o en el radio de la primera (piedra) miliaria, entre todos los ciudadanos romanos bajo un único juez: y por la ley Julia judicial, expiran si no se hubieren juzgado en el plazo de un año y seis*

⁹⁰ Scialoja hace una observación de lo más pertinente cuando indica que en el período formulario se llamó *litis contestatio* a un momento diverso al que dio origen a su nombre durante las acciones de la ley y que por lo tanto la utilización del término realmente no correspondía. Esta *litiscontestatio* (que en realidad no era tal) se entendía consumada cuando el pretor emitía la fórmula y ésta era aceptada por los litigantes. (SCIALOJA, Vittorio: *Procedimiento Civil Romano*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1954, p. 231).

⁹¹ BORSARI, Luigi: *Il Codice Italiano di Procedura Civile*, Parte Prima, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1872, p. 461.

meses. Y esto porque, según dice el vulgo, los litigios perecen al año y seis meses por la ley Julia".⁹²

Todo lleva a pensar que los efectos de la *mors litis* se fueron endureciendo con el tiempo pues, como da cuenta Solidoro Maruotti⁹³, para Gayo la extinción del proceso no implicaba extinción de la acción. A estos fines debe tenerse en cuenta que el sistema jurídico de la antigua Roma fue de acciones y no de derechos subjetivos, concepto que se decantaría recién varios siglos después⁹⁴. Con el discurrir del tiempo y conforme se menciona en algunos textos jurisprudenciales compilados por Justiniano en el Digesto, la *mors litis* implicaría la improponibilidad futura de la misma acción. Este fenómeno era conocido como *decadencia* y habría estado concebido como una derivación del principio *ne bis in idem*.

Mientras tanto la situación de lo que algunos ven como una forma embrionaria de perención en los *iudicia quae imperio continentur* es mucho más fácil de determinar en el tiempo, en la medida que se sabe que el poder con que se dotaba al juez tenía una vigencia de un año (de hecho la propia denominación acusa que hay un *imperio* contenido o ejercido por el juez durante un período determinado); en forma tal que la duración del proceso no podía exceder de este plazo que podía ser razonable, si es que se considera que muchas veces los procesos se decidían en apenas un día, *antes de la puesta del*

⁹² "Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma vlt intra primun orbis Romae miliarum inter omnes cives Romanos sub uno iudicie accipuntur, esque e lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori".

⁹³ SOLIDORO MARUOTTI, Laura: *La perdita dell'azione civile per decorso del tempo nel Diritto Romano. Profili generali*, en *I Percorsi del Diritto*, Editore Giappicheli, Torino, 2014, p. 17.

⁹⁴ Suele afirmarse que el creador del concepto de *derecho subjetivo* fue Guillermo de Ockham, filósofo, jurista y sacerdote franciscano, quien lo elaboró como una forma de justificación de que su congregación no fuera propietaria de los inmuebles en que vivían sus miembros (considérese que San Francisco había renunciado a toda propiedad), alegando que en realidad éstos pertenecían al Vaticano en forma de derecho subjetivo de propiedad no ejercido. Algunos autores, no obstante no haber vestigios del derecho subjetivo en la legislación romana, creen que en los escritos de algunos jurisconsultos de la época el concepto sí existe. Sobre este tema véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 47 - 57.

so⁹⁵. Entendiéndose que en estos casos la *mors litis* no podía imputarse a la negligencia de las partes, todo hace suponer que no se generaba la improponibilidad de una nueva acción.

Así pues, a diferencia de la *mors litis* en los procesos *iudicia legitima*, la *mors litis* en los *iudicia quae imperio continentur* no era una consecuencia de una decisión de política jurisdiccional, sino un simple efecto del fenecimiento de la jurisdicción depositada en el juez.

Mancini, Pisanelli y A. Scialoja⁹⁶ advierten que el Código Teodosiano (438 d.C.) reguló la duración de los procedimientos en función de la naturaleza de las acciones, de manera que el plazo máximo de los procesos no era único. No es posible afirmar rotundamente la veracidad de esta información pues del texto del Código Teodosiano solo se tiene conocimiento por fuentes indirectas⁹⁷. Se sabe –eso si– que este Código no tuvo mucha aceptación, sobre todo en el oriente de Roma.

Concluida la república y sobrevenido el imperio romano, la actividad jurisdiccional sería absorbida por el Estado, por lo que el procedimiento formulario cayó en desuso y fue reemplazado por la *extraordinaria cognitio*. Como es natural, al incorporarse a la actividad estatal regular el proceso sufrió un cambio radical, del que, para los fines que ocupan a esta investigación, debe resaltarse la posibilidad del impulso de oficio. Confiado el proceso al juez, aquella figura referida como un posible embrión de perención cayó en desuso y eso hizo que los procesos pudieran ser, en la práctica, inacabables. Y más aún cuando los jueces eran vitalicios en el cargo, de modo que no existía la posibilidad de que vean extinguido su imperio o jurisdicción. Bastaba que la *litis contestatio* se produzca para que el

⁹⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *Derecho Público Romano*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, p.469.

⁹⁶ MANCINI, Pasquale Stanislao; PISANELLI, Giuseppe y SCIALOJA, Antonio: *Commentario del Codice di Procedura Civile per gli Stati Sardi*, Unione Tipografico – Edriticce Torinese, Torino, 1861, p. 318.

⁹⁷ COMA FORT, José María: *Codex Theodosianus. Historia de un Texto*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.

proceso no pueda llegar a su fin por inactividad de los sujetos procesales.

Pero hacia el año 530 d.C. ya se sentía que el impulso de oficio no garantizaba de por sí que los procesos tuvieran una duración razonable y ello preocupó a Justiniano, pues la función de consolidar la certeza de los derechos a través de la definición de las controversias no venía dándose y ello ponía en peligro la legitimidad de todo el sistema jurídico⁹⁸. Esta razón de evidente política jurisdiccional hizo que Justiniano expida la constitución llamada *Properandum* (era la palabra con que iniciaba su texto) y estableciera que el plazo de un proceso no podía exceder los tres años. Los términos utilizados para ello fueron: “*Properandum nobis visum est ne lites paene immortales et vitae hominum modum excedant, censemus non ultra triennii metas post litem contestatam lites esse protralendas*”. (“Debemos evitar que los litigios sean casi inmortales, que excedan la vida humana. Creo que no más de tres años después de la *litis contestatio*”).

La constitución *properandum* no especifica cuál era la consecuencia del cumplimiento del trienio, y si bien todos los autores coinciden en que ésta era la *mors litis*, difieren en cuanto a cuáles habrían sido los efectos de ella: algunos –la mayoría– se limitan a señalar que en todos los casos el juez tenía el deber de pronunciar sentencia con el mérito de lo actuado hasta ese momento; y otros, como Antonino Metro⁹⁹, han sostenido que la resultante la *mors litis* podía acarrear consecuencias diversas que dependían del momento a partir del cual la inactividad procesal de las partes se había producido: si dicha inactividad se observaba dentro de los seis últimos meses del trienio y si el juez consideraba que no contaba con los elementos suficientes como para pronunciar una sentencia sobre el fondo, se limitaba a

⁹⁸ SOLIDORO MARUOTTI, Laura: ob. cit. p. 29.

⁹⁹ METRO, Antonino: *Brevi note sulla “mors litis” per inattività*, en *Meditationes de Iure et Historia, Essays in Honour of Laureus Winkel*, Unisa Press, Pretoria, 2014, p. 646.

liberar al demandado, condenando al demandante al pago de las costas pero dejando a salvo su derecho de volver a proponer la acción. Si, por el contrario, el juez consideraba que concurrían los presupuestos para una sentencia de fondo entonces la dictaba. En caso ésta fuera desfavorable al actor no solamente se le prohibía volver intentar otra vez la acción, sino que le era impedida la posibilidad de apelarla. Adviértase que en esta última hipótesis el cumplimiento del trienio traía como resultado el juzgamiento de la causa en contumacia de las partes. Perención y contumacia tienen pues una relación histórica muy marcada.

Este es un momento a tener en cuenta, pues aunque sea para fines no necesariamente ligados a la esencia misma de la institución, la conducta de las partes, sea ésta omisiva o contributiva, pasó a ser analizada por la jurisdicción para determinar las consecuencias de la extinción del proceso, aunque no así el hecho de la extinción misma. La decisión adoptada por Justiniano, si bien fue de política jurisdiccional, podía tener un desenlace acorde con la aludida conducta.

Porque como observa Scialoja¹⁰⁰ -refiriéndose a Italia, evidentemente- es posible mantener con vida un proceso por tiempo ilimitado con base en sucesivas interrupciones del decurso del plazo de la perención, mientras que para el derecho justiniano el plazo máximo de todo proceso, esto es, desde la traba de la *litiscontestatio* hasta la expedición de la sentencia, era de tres años. No obstante es de relieves que el último acto de impulso del proceso no tuvo una valoración neutra y eso constituye un elemento a considerar en este análisis histórico.

No puede quitarse mérito a la opinión de quienes señalan que la diferencia que encuentra Scialoja entre la *mors litis* por inactividad y la actual perención no es menor, pues claramente un plazo a contarse

¹⁰⁰ SCIALOJA, Vittorio: *Procedimiento* ..., ob. cit. p. 421.

desde el inicio del proceso y otro desde el último acto de impulso procesal son poco compatibles. Por eso algunos vinculan el trienio justiniano con la contumacia pero no con la perención¹⁰¹.

3. La perención en el Derecho Francés.

Autores franceses e italianos se disputan la autoría de la perención. Como puede apreciarse de las obras de Merlin¹⁰² y Berrait – Saint – Prix¹⁰³, fue Hevin quien la reivindicó para los primeros, calificándola como *jus vere gallicum*. Ocurre una situación bastante peculiar en esta temática, pues los franceses se adjudican la formulación del instituto pero no pueden precisar con exactitud cómo así surgió éste en su sistema jurídico. En un libro muy antiguo¹⁰⁴ Reynaud afirma que la perención no se originó en Roma sino que fue introducida al mundo del Derecho por juristas franceses, obteniendo su consagración legislativa mediante una ordenanza de Felipe el Hermoso del año 1539. Antiguos juristas italianos han llegado a señalar que tal atribución les resulta risible (*el fanno un po' ridece*, dicen¹⁰⁵) pues encuentran en la constitución *properandum* el antecedente indiscutible, pero no falta algún autor italiano que considera a la perención como un instituto tan inútil que no tiene ningún inconveniente en ceder su autoría a los galos. Se sostiene que Justiniano jamás habría creado algo de tan escaso valor¹⁰⁶.

En las líneas que siguen se va a tratar de proponer el derrotero por el que habría enrumado el instituto hasta su consagración en el Derecho Francés, haciendo constar que este desarrollo no puede ser

¹⁰¹ Así por ejemplo RAFFAELLI, Eugenio: *L'Abolizione della Perenzione dell'Instanza*, Stabilimento Tipografico dell'Ancora nel Monastero di D. Giorgio Maggiore, Nápoli, 1871, p. 7.

¹⁰² MERLIN, Phlippe – Antoine: *Voz Perenzione – Péréemption en Dizionario Universale Ossia Repertorio Ragionato di Giurisprudencia e Quistioni di Diritto*, Presso Giusepe Antonelli Ed., Venezia, 1839, p. 1203.

¹⁰³ BERRIAT – SAINT – PRIX, Jacques: *Corso di Procedura Civile*, T. II, Dalla Atamperia di Criscuolo, Nápoli, 1825, p. 128.

¹⁰⁴ REYNAUD, J.E.: *Traité de la Péréemption*, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, Paris, 1837.

¹⁰⁵ MANCINI, Pasquale Stanislao; PISANELLI, Giuseppe y SCIALOJA, Antonio: ob. cit. p. 319.

¹⁰⁶ RAFFAELLI, Eugenio: ob. cit.

expuesto aún en términos rotundos pues la información con que se cuenta no es pacífica sino que más bien evidencia dispersión y en muchos casos contradicción.

Para empezar es bueno aclarar que según los franceses la famosa constitución *Properandum* de Justiniano no podía dar lugar a la perención porque ésta se limitaba a establecer el plazo máximo de los procesos, sea que hayan contado con impulso de parte de los sujetos procesales o no.

Si bien Merlin¹⁰⁷ tampoco encuentra un momento determinado en el que la perención fue introducida en Francia, discrepa con Reynaud en que su inclusión se haya dado en 1539 a través de ordenanza de *Villers Cotterets* de Felipe el Hermoso, pues en aquellas épocas el instituto ya era usado frecuentemente, a tal punto que esta ordenanza ni siquiera lo define.¹⁰⁸

Parece ser que la perención en Francia derivó de fuentes diversas que confluyeron, acaso sin intención de generar una institución jurídica con las características que tiene desde hace varios siglos. Al respecto, debe considerarse que por esos lares el proceso había pasado a ser nuevamente, cosa de partes; es decir que el sistema dispositivo se había vuelto a consolidar. Y acá es que se nota otra vez que la perención tiene varios puntos de contacto históricos con la contumacia. En efecto, en el antiguo derecho francés la sola contumacia era suficiente para la condena del actor que había incurrido en ella. La llamada *Constitución Especial Queddum* de Federico de Suabia (1050 – 1105) establecía que la demanda interpuesta por quien a la postre sería declarado contumaz, *buena o mala, la debe perder (Bonam vel malam causam habeat ipsam amittat)*. En esa línea, la constitución *Appellationum Tempora*, a la par de fijar un plazo para la apelación de las sentencias, dispuso que si el

¹⁰⁷ MERLIN, Philippe Antoine: ob. cit. p. 1203.

¹⁰⁸ RAOUX, Adrien – Philippe: *Mémoire sur la Péremption D'Instance pour La Dame Marie – Françoise – Joséphine Ameye*, Monografía de 1800, sin sello editorial ni lugar de impresión a la vista, p. 8.

apelante se alejaba de la jurisdicción sin permiso del juez se producía la *decadencia* del recurso y la sentencia recurrida adquiría firmeza salvo que tuviera vicios de nulidad que, por ser tales, podían ser revisados de oficio. Entonces se puede advertir claramente una especie de perención del proceso en instancia de revisión, aunque no condicionada por el transcurso del tiempo sino por el traslado físico no autorizado del apelante.

El propio Federico de Suabia expidió la constitución llamada *Universos et singulos Judices* en la que dispuso que las causas debían ser examinadas, ventiladas y terminadas lo más pronto posible, para lo cual se invocaba a los abogados a no extenderse en discusiones largas y fútiles, estableciendo incluso que si los procesos eran dilatados por obra de los abogados éstos quedaban obligados al pago de las costas¹⁰⁹.

En lo que respecta a la ordenanza de 1539 de Felipe el Hermoso, ha quedado un vestigio histórico de que cuando ésta se promulgó la perención ya era moneda corriente en virtud, aparentemente, de una costumbre derivada de la constitución *Properandum*. En este aspecto Allorio sustenta una observación muy importante: la norma justiniana, pensada para un proceso predominantemente oficial, pasó a regir en uno predominantemente privado. El maestro de la Universidad de Pádova considera que esta aplicación de la constitución *Properandum* es infiel porque:

“Mientras, a causa de los muy reducidos poderes que correspondían al juez, no es ya posible dar al plazo trienal el significado justiniano de término pasado el cual debiera y pudiera sentenciar el juez, aún no queriéndolo las partes, se va atribuyendo, en cambio, al trienio, el alcance del plazo al cabo del cual se produzca la mors litis”^{110 111}.

¹⁰⁹ CAMERA, Matteo: *Annali dele due Sicilie, dall'origine e fondazioni della Monarchia fino al tutto il regno dell'Augusto Sovrano Carlo III Borbone*, Volume Primo, Dala Stamperia e Cartiere del Fibreno, Nápoli, 1841, p. 150.

¹¹⁰ ALLORIO, Enrico: ob. cit. p. 411.

¹¹¹ En este punto podemos ver que Allorio considera que el único efecto del cumplimiento del trienio era la expedición de la sentencia en el estado en que el proceso se encontrara y acá existe una discrepancia respecto de otros autores, cuyos criterios ya hemos referido *supra*, en el sentido que la

Y advierte además lo siguiente:

*“(el) único reflejo del esfuerzo por hacer decir al texto algo contrario a su genuino espíritu, es la evidente incertidumbre de los intérpretes al resolver problemas que es natural se planteen dentro del ámbito de su exégesis innovadora; al paso que no se ofrecen siquiera para el que entiende el texto en su recto sentido; así, el problema de la eficacia de la sentencia post triennium”.*¹¹²

Hecha la observación que antecede es pertinente tener en cuenta un hecho crucial en la formación histórica de la perención: Durante el reinado de Giovanna II de Nápoles (1373 – 1435) se creó un mecanismo que permitía pedir a la reina la prórroga de los procesos que hubieran cumplido el trienio, el mismo que era obtenido con mucha facilidad, *ut quotidie fit* (cosa cotidiana). Giovanna II denominó a la institución *proroga de la instancia*; sin embargo un jurista de la época, de nombre Paride dal Pozzo (1413 – 1493), creyó percibir en tal facultad una reminiscencia bíblica relativa al soplo de vida que Dios dio a Adán, y siendo que el Rey era el representante de Dios en la tierra, podía insuflar de vida a las cosas terrenales. De esta forma la mundana *proroga de la instancia* pasó a denominarse *insufflatione di spirito* y fue retrucada en otras latitudes, institucionalizándose la práctica de solicitarla a la más alta autoridad: el Rey o el Papa.

Pero acá ocurrió lo que es frecuente en la historia de las intervenciones procesales de los más altos dignatarios: terminó en delegación de la atribución a funcionarios jueces (así sucedió, por ejemplo, con el recurso de apelación). Precisamente una de las instituciones jurisdiccionales del antiguo reino de Nápoles fue la magistratura denominada *Sacro Regio Concilio*, cuya jurisprudencia habría sido bastante rigurosa en el otorgamiento de la *insufflatione di*

mors litis no solamente daba lugar a la sentencia, sino que también podía generar el fin del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo.

¹¹² ALLORIO, Enrico: ob. cit. p. 411.

spirito a las causas perimidas, pues solamente la concedía cuando había un motivo suficientemente razonable y por una sola vez. La práctica aparentemente se habría relajado hacia 1704, tal como lo señala un notable de la época de nombre Antonio Romano Colonna¹¹³, llegando a concederse con el solo pedido de la parte interesada y –esto es lo más importante- por más de una vez.

En este punto podría estar la primera manifestación de la perención como fenómeno para el cual se debe tener en consideración el último acto de impulso procesal, pues revivida una causa por la *insufflatione di spirito*, los plazos para las posteriores perenciones tenían que contarse a partir de dicho acto y ya no en base al trienio justiniano que imponía uno máximo a partir de la *litis contestatio*. Allorio, en conjetura que habría que compartir, señala que “... *así pudo formarse el criterio de que, para interrumpir el curso de la perención, sirviera cualquier manifestación de la voluntad de las partes de mantener vivo el juicio*”¹¹⁴. Una segunda conjetura con la que también debe coincidir es la planteada por Carré¹¹⁵ en el sentido que puede que se haya dado a la perención un tratamiento similar al de la prescripción extintiva, entendiendo que así como se presume el abandono del derecho no hecho valer, debe presumirse el abandono de la instancia no impulsada. De esta manera, todo acto que destruya la presunción de abandono (el ejercicio del derecho o el impulso del proceso) debía entenderse como interruptivo en cualquiera de ambos casos. El hecho de que en los Parlamentos de Bretaña y Normandía la perención fuera sancionada solamente cuando concurría con la prescripción extitiva de los derechos en litigio parece confirmar esta hipótesis¹¹⁶.

¹¹³ ROMANO COLONNA, Antonio, citado por RAFFAELI, Eugenio: ob. cit. p. 13.

¹¹⁴ ALLORIO, Enrico: ob. cit. p. 413.

¹¹⁵ CARRÉ, C.L.T.: *Commentario sulle Leggi della Procedura Civile*, Terza edizione francese, Dallo Stabilimento Della Antologia Legales, Nápoli, 1854, p. 131.

¹¹⁶ CARRÉ, C.L.T.: ob. cit. p. 132.

A propósito de lo señalado, apréciase que la mayoría de autores franceses consultados consideran que la ordenanza Rousillon de 1563, dada por Carlos IX fue el ordenamiento que introdujo la perención en Francia, sin embargo esto es un error de interpretación, que se advierte de la simple lectura del artículo 15 de la citada ordenanza. Dice:

“Si en el curso de tres años la instancia intentada, aunque sea controvertida, es abandonada, no tendrá efectos de perpetuar o prorrogar la acción. La prescripción seguirá su curso como si dicha instancia no hubiera sido formada ni iniciada y sin que se pueda reclamar la interrupción de la prescripción”.¹¹⁷

Como se podrá observar, la norma en referencia no hace mención a algo parecido a la perención de la instancia, aunque haya sido interpretada como una circunstancia que ameritaba la finalización del proceso. Si bien la norma aborda lo referente a los procesos inactivos por un trienio, se limita a establecer una consecuencia bastante bien determinada: la continuación del decurso del plazo prescriptorio al quedar sin efecto el efecto interruptivo de la traba de la *litis contestatio*. Entonces hay un parentesco bastante cercano entre la perención y el fenómeno de la prescripción extintiva, sobre lo que se volverá más adelante.

Tal situación permite advertir que el trienio de Justiniano marcó una influencia decisiva para el derecho procesal francés, al punto que sin necesidad de una norma que recoja expresa e inequívocamente la institución de la perención, ésta fue adherida al sistema más por fuerza de la tradición que por otra cosa, y que lo que en realidad le dio características propias fue la posibilidad de prorrogar el proceso pese

¹¹⁷ Traducción libre de “*L’istanza intentata benché sia controversa, qualora, nel decorso di tre anni, viene interrotta, non avrà veruno effetto di perpetuare o prorogare l’azione; quindi la prescrizione avrà il suo corso, come se la detta istanza non fosse stata formata né introdotta la prescrizione*”. Voz *perenzione*, en ROCCA, Adriano: *Biblioteca del Diritto o Repertorio Ragionato di Legislazione e di Giurisprudenza*, Nell’I.R. Privilegiato Stabilimento Nazionale, Venezia, 1859, p. 1149.

a haberse cumplido tres años de iniciado, a través de más de una *insufflatione di spirito*.

En 1629 Luis VIII dictó una nueva ordenanza en la que estableció:

*“El artículo 15 de la ordenanza de Rousillón sobre la perención de la instancia, será observada por todo nuestro reino, incluso en nuestras cortes y parlamentos de otras jurisdicciones que antes no la hubieran observado”*¹¹⁸.

Con esta alusión a la perención de la instancia, que en realidad el art. 15 de la ordenanza de Rousillón no recogía, la institución iniciaría una tendencia a la expansión por todo el Reino de Francia que culminaría con la promulgación del napoleónico Código de Procedimiento Civil de 1806¹¹⁹, en el que se le dotó de una configuración determinada y principios uniformes, a decir de Reynaud¹²⁰. Así, el artículo 397 del aludido Código, recogiendo la jurisprudencia del Parlamento de París, establecería que : *“Toute e instance, encure qu’il n’yait pas eu de constitution d’avoué, sera éteinte per discontinuation de poursuites pendant trois ans”*.¹²¹

La perención entendida como una consecuencia de la inactividad procesal y ya no como una consecuencia del cumplimiento de un plazo máximo había quedado claramente configurada. Y es bajo estas características que se difundió con suma rapidez hacia los muchos

¹¹⁸ Traducción libre de “l’article 15 de l’ordonnance de Rousillon, pour la peremption d’instance, sera gardé par tout notre royaume, même en nos cours de parlement et autres jurisdictions ou elle n’a été jusqu’ici observée”, tomado de RAOUX, Adrien – Philippe: ob. cit. p. 10.

¹¹⁹ Los Códigos Procesales napoleónicos irradiaron sus principios y normas a las legislaciones de los países europeos que los adoptaron voluntariamente luego incluso de haberse liberado de la invasión gala. Sobre esta observación Nieva Fenoll sostiene: *Los códigos procesales de Napoleón fueron en espejo en que la enorme mayoría de sistemas judiciales europeos se miró durante todo el siglo XIX, hecho que evidencia su gran corrección jurídica (en comparación con lo que había antes, obviamente), porque no es un hecho frecuente que el pueblo vencedor adopte voluntariamente el Derecho del vencido, antiguo dominador, y más aún cuando ya ha cesado la ocupación y la misma duró tan poco tiempo, como sucedió con la ocupación francesa de diversos países europeos.* (NIEVA FENOLL, Jordi: *El proceso jurisdiccional catalán entre 1714 y 1835. Breve reseña Histórica*, en *Jurisdicción y Proceso*, Marcial Pons, , Madrid, 2009, p. 246).

¹²⁰ REYNAUD, J.E.: ob. cit, p. 2.

¹²¹ *Toda instancia, aunque no haya habido constitución de patrocinante, se tendrá por extinta por la discontinuación del procedimiento por tres años. (Traducción libre).*

países que, como consecuencia de la expansión francesa, adoptaron su legislación. Van Rhee lo relata así:

“(...) los llamados “Países Bajos del Sur” o “Habsburg” fueron anexados al Imperio Francés en 1795. En los Países Bajos del Norte que fueron anexados a Francia en 1810, el Code de Procédure Civile fue instaurado en 1811 en la mayoría de las provincias que pertenecen al, hoy en día, Reino. Ginebra, integrado a la República Francesa en 1798, y varias regiones al oeste del Río Rin que fueron incorporadas a la República Francesa desde 1790 en adelante y que actualmente pertenecen a Alemania moderna –Rheinpreussen, Rheinhessen y Rheinbayern, el Reino de Westfalia y el Gran Ducado de Berg-, son otros ejemplos de territorios donde el Código francés entró en vigencia (en el Reino de Westfalia esto sucedió en 1890 y en el Gran Ducado de Berg en 1811)”¹²².

4. La perención en el Derecho Canónico.

Inicialmente para el Derecho Canónico no existió la perención debido a una disposición expresa del Papa Honorio III, que ejerció su pontificado entre los años 1216 a 1227. Pero como quiera que el Derecho Romano y el Canónico se enseñaban juntos en las universidades italianas, ambos se influían recíprocamente hasta conformar el *ius comune* que se extendería por toda Europa¹²³ y por lo tanto no era raro que el trienio de la regulación de Justiniano se continuara aplicando por efecto de la tradición y la costumbre, como ya se ha visto anteriormente.

Entre los años 1545 y 1563 se desarrolló en la ciudad de Trento (actual Italia) el Concilio Ecuménico que lleva su nombre. El Papa Paulo III lo convocó con el objeto de adoptar una reforma de la Iglesia Católica, el mismo que culminaría bajo el papado de Pío I, tras un período de cinco años de Julio III y otro de apenas veintitrés días de Marcelo II. Los frutos de este Concilio fueron muchos, desde los más

¹²² VAN RHEE, Remco: *Traidiciones Europeas en el Procedimiento Civil: Una Introducción*, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 15, Universidad de Chile, Santiago, 2011, p. 21.

¹²³ MERRYMAN, John Henry: *La Tradición Jurídica Romano – Canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 33.

encomiables (como la exigencia de austeridad y una conducta ética intachable a los Obispos) hasta los más reprochables (como la reinstauración de la inquisición, que adoptaría el nombre de Santo Oficio). A los fines del presente estudio debe resaltarse que el Concilio de Trento, en su Sesión N° 24, Capítulo XX, imitó la regulación justitiana al establecer un plazo máximo para la duración de los procesos canónicos; no obstante en lugar del clásico trienio se estableció que los procesos seguidos ante los Obispos debían resolverse en un máximo de dos años. En caso ello no sucediera se contempló una consecuencia de *mors litis*, en el sentido que se autorizaba al interesado a dirigirse a la autoridad superior a los fines que sea ésta quien resuelva la litis en el estado en que se encontrare. El texto señala lo siguiente:

“CAP. XX. Método de proceder en las causas pertenecientes al foro eclesiástico.- Todas las causas que de cualquier modo pertenezcan al foro eclesiástico, aunque sean beneficios, sólo se han de conocer en primera instancia ante los Ordinarios de los lugares, y precisamente se han de finalizar dentro de dos años, a lo más, desde el día en que se entabló la litis o proceso: si no se hace así, sea libre a las partes, o a una de ellas, recurrir pasado aquel tiempo a tribunal superior, como por otra parte sea competente; y este tomará la causa en el estado que estuviere, y procurará terminarla con la mayor prontitud ...”¹²⁴.

Ya se verá más adelante que el retiro de la competencia al juez moroso y la asignación de ésta a uno distinto ha sido resucitada por la reciente legislación procesal civil colombiana, con resultados que hasta el momento no se pueden conocer.

¹²⁴ *EL SACROSANTO Y ECUMÉNICO CONCILIO DE TRENTO*, con privilegio de la Imprenta Real, Madrid, 1785, pp. 465 – 466.

5. La perención en el antiguo Derecho Español.

Se dice que el principal aporte jurídico español al mundo del Derecho son las Siete Partidas del Rey de *Alfonso X el Sabio*, regulación a la que él dio el nombre de *El Libro de las Leyes*, y en la que la influencia del Derecho Romano es evidente. Sobre esto Barragán señala que “... el rey Sabio, mediante Las Partidas, intentó implantar, por la promulgación de esa obra, las disposiciones contenidas en el legado justiniano; avasallando no pocas, sino todas las instituciones forales, de índole lugareña”.¹²⁵

Cada una de estas siete Partidas, escritas entre los años 1256 y 1263, se ocupa de una materia jurídica determinada (así por ejemplo, el Derecho Eclesiástico, el de Sucesiones, los deberes del Rey frente al pueblo, etc.), siendo fundamental la Partida III pues es la referida a los procesos judiciales, o como señala su propio prólogo, “(...) de la justicia que face á los homes vevir unos con otros en paz, et de aquellas personas que son menester para ella”.¹²⁶ Sabido es que en la redacción de esta Partida intervinieron juristas de formación romana como el célebre Jácome Ruiz (Jacobo de las Leyes).

En su conocido Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial¹²⁷, Hugo Alsina señala que la Ley 59, Título 6 de la Partida III establece que los procesos no podían tener una duración mayor a tres años. No obstante debe haber existido errata en la referencia, pues el aludido Título no tiene ninguna Ley 59 ni ninguna alusión a plazo alguno.

Pero en la Tercera Partida, Título XXII, Ley IX se regulan algo confusamente la contumacia y la perención (otra vez la historia

¹²⁵ BARRAGÁN, Guillermo C.: *La Obra Legislativa de Alfonso El Sabio*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 25.

¹²⁶ *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio*, T. I., Imprenta Real, Madrid, 1807, p. 8.

¹²⁷ ALSINA, Hugo: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T. IV, EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1961, p. 426.

demuestra la ligazón entre ambas instituciones). Así, la primera parte hace referencia a lo que podríamos calificar como una hipótesis de contumacia del demandante cuando dice:

“Acaesce a las vegadas, que los demandadores, después que el pleyto es començado por demanda, e por respuesta, no lo quieren llevar adelante, e desamparanlo por pereza, o maliciosamente a sabiendas, entendiendo, que non han recabado con que puedan probar su intención: en tal caso como este dezimos, que si el demandado siguiere al Juzgador, e pidiere que vaya adelante por el pleyto, que entonce deue emplazar al demandador, que venga ante el, a seguir con su pleyto, e a oyr el juyzio. E si por aventura non viniere al plazo que le fuere puesto, deue el Juez catar los actos que passaron por aquel pleyto: e si fallare que el demandador ouo¹²⁸ plazos a que pudiera prouar su intención, e non lo fizo, o que dio algunas prueas , e que non prouo claramente lo que deuia; entonce deue el Juez dar por quito al demandado, de la demanda principal que le fazian”¹²⁹.

De acuerdo al contexto de la norma, entendemos que si se presentaba contumacia del demandante y éste no había podido probar su pretensión pese a contar con los plazos necesarios para ello, el juez debía declarar infundada la demanda. El uso de la expresión *dar por quito de la demanda principal que la fazian*, debemos entenderla como declarar infundada la demanda.

Más adelante se alude a una institución compatible con la perención, cuando se detalla cómo proceder cuando no ha habido un plazo suficiente para actuar las pruebas del actor o cuando el juez no cuenta con los elementos de juicio necesarios como para desestimar la pretensión por razones de fondo. Dice:

“Mas si el Juez fallare en los actos, que el demandador no ouiera plazos guisados en que pudiesse probar su intencion, o entendiese otra dubda en ellos, por que non se atreviese a dar el juicio; entonce puede quitar al demandado, que non sea tenuto de responder al demandador, en razon e aquellos actos

¹²⁸ *Ouo = Hubo.*

¹²⁹ *LAS SIETE PARTIDAS DEL SABIO REY ALFONSO EL IX*, glosadas por el Lic. Gregorio López, del Colegio Real de Indias de S.M., T. II, Madrid, 1829, pp. 356 – 357.

*que passaron por este pleyto; mas non le deue dar por quito de aquella cosa quel demandaua*¹³⁰.

Tal como es de apreciar, en este caso se podrá *quitar* al demandado (entiéndase algo así como dar por finalizado el proceso), pero sin que ello implique un pronunciamiento sobre el fondo; ergo, la pretensión podría ser postulada nuevamente. En este caso las actuaciones ocurridas en el proceso fenecido no tenían ninguna eficacia. Así se señala en la siguiente disposición:

*“Pero si el demandador despues desto viniera delante el Juez, e quisiere fazer de nuevo su demanda, de la cosa que primero demandaua, bien lo puede fazer de nuevo, pechando primeramente las costas al demandado, en la manera que fueron judgadas; mas non se puede el demandador ayudar de ninguna cosa que fuese escripta en los actos del pleyto primero, porque el demandado fue dado en juyzio por quito dellos”*¹³¹.

Como se ve, no existe en la Partida III referencia a un plazo máximo para el desarrollo de los procesos en la que se pueda identificar alguna influencia de la constitución *Properandum*; no obstante se ha podido encontrar una clara mención al tema en la Partida VI dedicada al Derecho de Sucesiones. En efecto, la Ley IX del Título 6 regula la sanción al heredero que procede con dolo en la facción de inventario y, refiriéndose a los procesos que se originasen a propósito de éste señala:

“Et mandamos que quando tales contiendas como estas acaesciesen en razon del inventario, que las libren los judgadores que lo hobiesen de facer a lo mas tarde fasta un año, como quier que los otros pleytos que son llamados en latin

¹³⁰ LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO EL SABIO, ob. cit. p. 357.

¹³¹ LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO EL SABIO, ob. cit. p. 357.

*civiles pueden durar á lo mas fasta tres años, et los criminales fasta dos años*¹³². (Exactamente el trienio justiniano).

Resultará muy útil asimismo analizar qué es lo que al respecto señala la *Curia Philipica* cuyo autor, Juan de Hevia Bolaños, la escribió en Lima hacia el año 1603 y la convirtió en la fuente de consulta obligatoria de abogados y jueces de España y de toda Hispanoamérica.

Al tratar la instancia Hevia Bolaños se refiere a la duración de los procesos, señalando lo que ya se ha indicado respecto al proceso canónico en virtud de lo establecido en el Concilio de Trento, y, en lo que respecta a lo que él llama Fuero Secular, se remite claramente al trienio justiniano en los siguientes términos:

*“Y en el Fuero Secular la primera instancia en las Causas Civiles, se ha de acabar, y determinar dentro de tres años, (...) y no se haciendo así, perece, segun unas Leyes de Partida: y aunque en ellas dice Gregorio López, que no está en uso, sino antes lo contrario, de que despues de pasado este tiempo se acaba, y determina, es util cautela pedir, y protestar se acabe dentro de él, para que la instancia no perezca; cuyo termino no se puede prorrogar por las Partes (...)”*¹³³

La incorporación de la perención a la legislación española contemporánea se produjo recién a partir de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Esta norma, a su vez, influenció la legislación de las antiguas colonias españolas como sucedió con el Código de Procedimientos Civiles peruano de 1912 que la recoge bajo la denominación de “*abandono del proceso*”, denominación con que la institución ha sido incorporada también al Código Procesal Civil de 1993.

¹³² LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO EL SABIO, cotejadas con varios Códices antiguos por la Real Academia de la Historia, T. III, Partida Cuarta, Quinta, Sexta y Septima, de orden y a expensas de S.M., Madrid en la Imprenta Real, 1807, p. 416.

¹³³ HEVIA BOLAÑOS, Juan de: *Curia Philipica*, Real Compañía de Impresores, y Libreros del Reyno, Madrid, 1783, p. 49.

6. Reflexiones a la luz de la historia de la perención en relación con el segundo problema específico formulado.

Como se ha podido apreciar de la revisión de los antecedentes históricos que preceden, la perención es una institución cuya individualidad acusa varios siglos de un desarrollo bastante confuso, hasta su consagración definitiva en el Código de Procedimientos Civiles francés de 1806.

Difícilmente podría sostenerse que aquel presunto embrión de perención que las antiguas Leyes Julias y más adelante la Constitución *Properandum* de Justiniano implantaron como una manifestación de política jurisdiccional para limitar la duración de los procesos civiles, corresponda a una realidad que se replique en la actualidad.

Pero aquello que la Ordenanza de Rousillon de 1563 implantó, y en la que algunos creen ver un antecedente de la perención, sí que resulta importante. La razón es simple: con dicha norma se determinó que los procesos que no recibían impulso por un plazo de tres años no funcionarían más como interruptivos de la prescripción extintiva.

La litispendencia indefinida no solo es un cargo que debe asumir el sujeto demandado que de por sí le genera una situación jurídica gravosa de inminente intervención del Estado en su esfera jurídica, sino que, además, determina la interrupción de la prescripción extintiva de aquello por lo que ha sido demandado. Como se ve, a partir de la ordenanza de Rousillon tal efecto cesaba y por lo tanto la prescripción extintiva se entendía como jamás interrumpida. Y si a ello se le suma el efecto de concluir el proceso que le fue agregado, tenemos bastante bien configurada la figura de la perención tal cual es conocida hasta ahora.

En consecuencia, si bien la perención no habría nacido con las características con las que es conocida en la actualidad, ya hacia 1563

adoptó perfiles casi idénticos a los que la determinan en nuestros días. La realidad jurídica que se pretendía proteger era la misma: la libertad del sujeto demandado y el favorecimiento de la verificación de la prescripción extintiva, cosa de la que la investigación se ocupará más adelante.

CAPÍTULO V

DETERMINACIÓN DEL PRIMER PROBLEMA

PRINCIPAL:

¿Por qué un proceso que no recibe impulso por un tiempo determinado debe concluir?

Sumario: 1. Breve nota introductoria. 2. El Derecho Justicial. 2.1. Antecedentes. 2.2. James Goldschmidt y su revolución jurídica: El Derecho Justicial Material y el Derecho Justicial Procesal. 2.3. Más sobre el Derecho Justicial Material. 2.4. Principales categorías del Derecho Justicial según James Goldschmidt. 2.4.1. Derechos procesales. i. Expectativas. ii. Posibilidades u oportunidades. iii. Liberación de un carga procesal. 2.4.2. Cargas procesales. 2.5. Crítica de las categorías propuestas por Goldschmidt. 3. El caso de la prescripción extintiva. 4. La perención desde el Derecho Justicial. 5. Justificación de la perención según el Derecho Justicial. 6. Los sustitutos de la perención en la legislación comparada. 7. La perención en el debate Publicismo vs. Garantismo. 8. Colofón.

1. Breve nota introductoria

La perención es la cesación definitiva de toda actividad procesal posible por efectos de la dejación en que han incurrido las partes y el juez por un lapso considerado suficiente por las normas procesales. Esta aproximación descriptiva a la perención no revela, sin embargo, las razones por las que tal cesación habría de producirse. De esta forma, y como se verá más adelante, para algunos ella responde a la presunta intención tácitamente expresada por el demandante de no continuar con el proceso, para otros constituye una sanción para el

litigante que se abstiene negligentemente continuar instando, entre otros.

Pero esta investigación pretende otro derrotero: considerar a la perención como una forma de proteger la libertad jurídica del sujeto demandado, quien debe soportar el peso de una litispendencia que nunca buscó y todo lo que ella conlleva. Para la justificación que se intenta formular, ha sido de mucha importancia la teoría del Derecho Justicial elaborada por el profesor alemán James Goldschmidt, por lo que es indispensable detenerse en el análisis de sus principales enunciados y a partir de ahí desarrollar lo que corresponde al presente capítulo.

2. El Derecho Justicial.

2.1. Antecedentes.

No podría adentrarse la presente investigación jurídica en las honduras de la Filosofía del Derecho, no solo por no corresponder a la meta trazada en su concepción, sino por exceder tal materia de los limitados recursos del autor. No obstante ello, sería imposible hablar de los fundamentos del Derecho Justicial sin revisar algunos conceptos que conducen a uno de los más grandes filósofos del Derecho de la Historia: Rudolph von Ihering.

Sabido es que el pensador alemán tuvo una primera etapa a la que se llama *pandectista* o *conceptualista*, cuya principal característica era la propensión a la construcción de conceptos a partir de la teoría pura y sin un mayor contacto con la realidad social. Lopez Hernández sostiene que la pandectística era la “*reelaboración conceptual y sistemática del derecho romano sobre la base de los cincuenta libros de las Pandectas del Corpus Iuris de Justiniano*”¹³⁴ y fue de ella que derivó la *jurisprudencia de conceptos* y más tarde lo que se conoce

¹³⁴ LOPEZ HERNÁNDEZ, José: *Introducción Histórica a la Filosofía del Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 2005, p. 36.

como *dogmática jurídica*. Precisamente Ihering lideraría el cambio del norte de las investigaciones jurídicas hacia una nueva dirección llamada *sociológica*, que propugna que el Derecho es un fenómeno cultural y por tanto un fruto del grupo social. Ihering pone en relevancia que son los individuos quienes movilizan al Derecho debido a las constantes pugnas por la defensa de sus intereses. El Derecho no es una verdad permanente que se va abriendo paso con el devenir histórico; al Derecho se le conquista con la lucha.

Justamente en este punto es que se aprecia el antecedente que buscamos. En el libro intitulado *“La lucha por el Derecho”*¹³⁵ Ihering plantea que el Derecho es una idea práctica que encierra en sí misma una finalidad y un medio para llegar a ella: *“... la paz es el término del Derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo”*¹³⁶, y añade: *“El Derecho no es una idea lógica sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el Derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el Derecho en su impotencia ...”*¹³⁷. El carácter fundamental de la lucha es, en la teoría del autor, pieza clave en la idea misma del Derecho. Es más, *“... la lucha ... es de la misma esencia del Derecho”*¹³⁸. De esta manera se aprecia cómo Ihering rompe con la escuela historicista de Savigny y Puchta, de la que sostiene: *“... esta doctrina como máxima política, es uno de los errores más fatales que puedan imaginarse, porque viene a aconsejar al hombre que aguarde, cuando él debe obrar, y obrar con todas sus fuerzas y con pleno conocimiento de causa”*¹³⁹.

Y si bien de las formulaciones de Ihering no se aprecian con claridad las diferencias entre Derecho, justicia y moral, hay que reconocerle

¹³⁵ IHERING, Rudolf von: *La lucha por el Derecho*, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1993.

¹³⁶ IHERING, Rudolf von: ob. cit. p. 7.

¹³⁷ IHERING, Rudolf von: ob. cit. p. 8.

¹³⁸ IHERING, Rudolf von: ob. cit. p. 10.

¹³⁹ IHERING, Rudolf von: ob. cit. p. 15.

que la relación indesligable que plantea entre el Derecho y la lucha constituyó un aporte que otros tomarían para revolucionar los estudios sobre el proceso, como se verá a continuación.

2.2. James Goldschmidt y su revolución jurídica: El Derecho Justicial Material y el Derecho Justicial Procesal.

Aquella idea de la lucha por el derecho que formulara Ihering sería fuente de inspiración para el más grande procesalista de todos los tiempos: James Paul Goldschmidt, quien tomó sus fundamentos para formular los lineamientos de una nueva teoría jurídica a partir de un planteamiento denominado *“Derecho Justicial”*¹⁴⁰. Sus reflexiones al respecto fueron traducidas al castellano por Catalina Grossman y publicadas por la Revista de Derecho Procesal bajo la Dirección de Hugo Alsina¹⁴¹. Una especie de resumen de tal doctrina, en lo que al proceso civil se refiere, lo encontramos en el libro titulado simplemente *“Teoría General del Proceso”*¹⁴², obra que por lo demás fue escrita en español por el propio Goldschmidt.

¿Qué es, entonces, el Derecho Justicial y cómo es que permite una nueva visión del Derecho? Para comenzar debe considerarse que toda esta formulación partió de una observación de lo más simple y no por ello menos genial: “Las normas jurídicas tienen una doble naturaleza. Por un lado representan imperativos a los ciudadanos, por otro son medidas para el juicio del juez. La primera cualidad conviene a las normas jurídicas, en cuanto se refiere a su función extrajudicial. Por eso llega a ser la base de la consideración estática o material del derecho. De la segunda ha de partir la consideración dinámica o

¹⁴⁰ El propio Goldschmidt reconoce que este término ya venía siendo utilizado por la doctrina, específicamente por Jellinek y por A. Merkel. El primero de ellos incluía en el derecho justicial solamente a los derechos procesales (civil y penal) y al derecho penal; mientras el segundo incluía además de los mencionados al derecho material privado. El valioso aporte de Goldschmidt, en consecuencia, no está en la denominación del concepto sino en su contenido.

¹⁴¹ GOLDSCHMIDT, James: *Derecho Justicial Material*, en Revista de Derecho Procesal, EDIAR Soc. Anón. EDITORES, 1er. Trimestre 1946, Número I, Buenos Aires 1946, pp. 1 - 68.

¹⁴² GOLDSCHMIDT, James: *Teoría General del Proceso*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936.

procesal siendo necesario establecer las categorías adecuadas para comprender los nexos procesales".¹⁴³

Un tópico clave para la mejor comprensión del tema es el de la *pretensión de tutela jurídica* establecido por Wach, quien en una bella definición conceptuó al ordenamiento procesal apenas como "*un ordenamiento de la tutela jurídica*"¹⁴⁴. Goldschmidt considera que tal pretensión crea una relación entre el Estado -específicamente el aparato de justicia- y el individuo. Todo el derecho derivado de esta relación es, según su opinión, Justicial. Pero dentro de las normas judiciales existe una diferencia clave: algunas se limitan a establecer cómo debe desarrollarse la actividad del aparato de justicia y por ende son de carácter formal y otras establecen más bien cómo es que la pretensión de tutela jurídica deberá aplicarse en el caso concreto y por ende son de carácter material. Dentro de las primeras se encuentran los derechos procesales (en la época de Goldschmidt, solamente el civil y el penal) y dentro de las segundas se encuentra el Derecho Penal y el Justicial Material Civil. El Derecho Privado no es Derecho Justicial porque no regula la relación del individuo con la justicia, como sí lo hace el Derecho Penal. En el Derecho Privado la "*reacción*" es privada (por ejemplo, las obligaciones, la adquisición de la propiedad, etc.), mientras en el Derecho Justicial la "*reacción*" es pública (la sentencia o eventualmente otro tipo de resolución jurisdiccional).

Si bien el Derecho Privado no es Derecho Justicial Material Civil, sí puede proveer de una pista para ubicarlo con cierto grado de certeza: toda norma jurídica civil (salvo las que no contienen un imperativo, que para Goldschmidt son normas sin independencia), si bien está dirigida a describir algún acto u omisión esperados en cabeza de alguien, también tiene una proyección mediante la cual establece

¹⁴³ GOLDSCHMIDT, James: *Teoría General del Proceso*, ob. cit. p.23.

¹⁴⁴ WACH, Adolf: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1977, p. 22..

cómo es que debe resolver un juez que conozca de una controversia en la que ella deba aplicarse. Así por ejemplo, si la norma dice que el vendedor debe entregar la cosa al comprador, es indudable que está describiendo qué conducta debe obedecer el vendedor frente al comprador; pero también está indicando -cómo no- qué debe hacer un juez ante quien un comprador recurra cuando la cosa no le ha sido entregada. Entonces el derecho objetivo no sería más que una promesa del Estado de dictar una sentencia favorable a quien merezca la tutela y reprimir al infractor; o, dicho de otro modo: el conjunto de pretensiones jurídicas del individuo frente al Estado¹⁴⁵.

En un esfuerzo por simplificar su formulación, Goldschmidt escribió que el Derecho Justicial Material Civil “... *no es otra cosa sino el Derecho privado considerado y completado desde un punto de vista jurídicopúblico*”¹⁴⁶. Pero hay que tomar con cautela este enunciado ya que contiene una parte fácil y una difícil. La parte fácil es la consideración de una diferente lectura del derecho privado, pero la parte difícil es aclarar cómo es que el completamiento al que se alude debe darse, porque este completamiento nos llevará a observar cómo en el Derecho Justicial Material Civil se comprenden pretensiones de tutela jurídica no contempladas por el Derecho Privado (Goldschmidt coloca como ejemplo la declaración de mera certeza negativa y las obligaciones naturales).

Las normas de Derecho Justicial Material resuelven cuál es la protección jurídica que establece el Estado para un caso concreto o, como señala Goldschmidt, cuál es la *acción* contenida en ellas¹⁴⁷. Como quiera que esto es así, corresponde al titular de la pretensión desarrollar los actos necesarios para que la promesa estatal de una sentencia favorable se manifieste en su caso. De esto último se hablará más adelante, pero por ahora es pertinente llamar la atención

¹⁴⁵ GOLDSCHMIDT, James: *Derecho Justicial Material*, ob cit, p. 4.

¹⁴⁶ GOLDSCHMIDT, James: *Teoría General del Proceso*, ob. cit. p. 26.

¹⁴⁷ GOLDSCHMIDT, James: *Problemas General del Derecho*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 7.

a que el Derecho Justicial Material Civil conlleva una visión “procesalista” del derecho civil, pues no puede pensarse en una sentencia favorable sin un proceso y sin un Derecho Procesal. Sellert destaca la relevancia de esta propuesta cuando, refiriéndose a Goldschmidt, manifiesta que:

“Su teoría representa una tentativa por devolver al proceso la importancia que tuvo alguna vez en la historia del derecho cuando todavía no se había establecido la separación entre el derecho material y el derecho procesal, esto es, cuando se pensaba aún en términos prevalentemente procesales”¹⁴⁸.

Si se procura una visión panorámica de este enfoque del Derecho podrá apreciarse que la frontera entre el material y el procesal se vuelve un tanto más difusa que lo acostumbrado. En ese sentido la fórmula para distinguir uno de otro es la que propone Roberto Goldschmidt, hijo de don James, en un estudio célebre:¹⁴⁹ *las normas que establecen cómo debe proceder el juez son procesales y las que le dicen cómo decidir son materiales*. Y tal diferencia que podría considerarse demasiado elemental nos trae aspectos muy particulares porque, por ejemplo, nos encontraremos con que las normas relativas a la distribución de la carga de la prueba, al valor de cada prueba en los sistemas de tarifas, o la aplicación de presunciones, son normas materiales y no procesales. Pero ya que de perención se trata esta investigación, hay que decir que es claramente material y no procesal la norma que establece que frente a un primer abandono la persona queda impedida de demandar la misma pretensión durante un año, al igual que aquella que postula que si se produce un segundo abandono se extingue el derecho pretendido.¹⁵⁰

¹⁴⁸ SELLER, Wolfgang: *James Paul Goldschmidt (1874 – 1940) Un eminente procesalista (civil y penal)*, traducción de José Balcázar Quiroz, en *Ius Fugit, Revista de Cultura Jurídica*, vol. 18 (2015), Institución Fernando el Católico, Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2015, p. 210.

¹⁴⁹ GOLDSCHMIDT, Roberto: *Derecho Justicial Material Civil*, en *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*, EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1946, pp. 317 – 352.

¹⁵⁰ Código Procesal Civil peruano, art. 351, segundo párrafo: “*Si por segunda vez, entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, se declara el abandono, se extingue el derecho pretendido y se ordena la cancelación de los títulos del demandante, si a ello hubiere lugar*”.

2.3. Más sobre el Derecho Justicial Material.

Enseñaba Goldschmidt que el concepto “idea” está dado por “... *la síntesis que relaciona una materia con su valor supremo*”¹⁵¹ y, en ese sentido, sostenía que la idea del Estado es el poder y la idea del Derecho es la justicia. La finalidad del Derecho es posibilitar la coexistencia de los hombres y, siendo así, “... *la justicia es el regulador positivo del derecho (y) la libertad es su regulador negativo*”¹⁵². La justicia se manifiesta en la atribución de derechos y la libertad (con mayor precisión su restricción, en tanto que regulador negativo) en la imposición de deberes. Toda atribución de derechos a un sujeto determina necesariamente la imposición de deberes a otro, es decir, límites a su libertad; pero cuando este límite excede de lo necesario, se produce una violación a la justicia misma que inspira al Derecho.

De esta manera, señala Goldschmidt coincidir con Kant en que el Derecho es “*el conjunto de condiciones bajo las cuales la voluntad de cada uno puede coexistir con la de los demás según una ley general*”¹⁵³.

Lo característico del Derecho es su carácter atributivo. Cada deber se expresa como la atribución de un mandato de acción o de omisión. Esto es privativo del Derecho y no así de otros sistemas normativos como la moral, la que se sustenta en calidades y no en actos. Por eso es que Goldschmidt considera que el deber jurídico es una categoría fundamental para el Derecho, al que define como “*el sometimiento de una persona a un imperativo jurídico*”¹⁵⁴, mientras que el derecho

¹⁵¹ GOLDSCHMIDT, James: *Problemas Generales del Derecho*, ob. cit. p. 22.

¹⁵² GOLDSCHMIDT, James: *Problemas Generales del Derecho*, ob. cit. p. 42.

¹⁵³ GOLDSCHMIDT, James: *Estudios de Filosofía Jurídica*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1947, p.119.

¹⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James: *Problemas Generales del Derecho*, ob. cit. p. 81.

subjetivo no es sino “*el poder de una persona sobre un imperativo*”.¹⁵⁵ Deber jurídico y derecho subjetivo vienen a ser parte de lo que nuestro autor califica como “*consideración estática del derecho*”¹⁵⁶, término con el que identifica al fenómeno jurídico antes o en todo caso fuera del proceso jurisdiccional. La calificación de “*estática*” deriva de que las relaciones jurídicas *son lo que son* de acuerdo al convenio o a la norma que las regula; cosa que, como se verá un poco más adelante, no sucede en el proceso.

Parte trascendental para la aprehensión del concepto de deber jurídico postulado por Goldschmidt es apreciar que éste se compone por: i) una *norma de acción*, calificada como el imperativo que manda observar una conducta exterior determinada (un hacer o una omisión); y, ii) una *norma de motivación*, que es inmanente a la anterior y está dada por la propensión a su cumplimiento a partir de su representación en la psiquis del sujeto. A propósito de esto Goldschmidt apunta que “*todas las normas de la esfera ética, morales y jurídicas, tienen su raíz en la convicción y tienden a “convencer ordenando”*”¹⁵⁷; de allí que las personas incapaces o las personas jurídicas, por ejemplo, no puedan tener normas de motivación sino solamente norma de acción. Únicamente las infracciones de las normas de acción (lo que ocurre fuera del proceso) constituyen hipótesis de *antijuricidad*¹⁵⁸ y en estos casos ellas mismas sirven secundariamente como medida para la aplicación de la amenaza de represión del Estado.

Correlativamente a la amenaza de represión a la que se acaba de aludir está el concepto de derecho subjetivo, el que es definido por

¹⁵⁵ GOLDSCHMIDT, James: *Problemas Generales del Derecho*, ob. cit. p. 81.

¹⁵⁶ GOLDSCHMIDT, James: *Problemas Generales del Derecho*, ob. cit. p. 82.

¹⁵⁷ GOLDSCHMIDT, James: *Estudios de Filosofía Jurídica*, ob. cit. p. 123.

¹⁵⁸ Las infracciones de las normas de motivación conforman, por su parte, hipótesis de culpabilidad. De ello se deduce que, vistas desde el ángulo opuesto, pueden configurar también hipótesis de exculpación. Es el caso, por ejemplo, de quien se niega a cumplir una obligación celebrada con concurrencia de un vicio de la voluntad como la violencia. Del mismo modo, las normas de motivación sirven par calificar supuestos de negligencia, censuradas por el Derecho por constituir casos de representación psíquica insuficiente o defectuosa de las normas de acción.

Goldschmidt como “la facultad de hacer eficaz el imperativo atribuido”¹⁵⁹. El derecho subjetivo es una categoría cuyo *a priori* es la autonomía de la voluntad (según Treves en esto Goldschmidt siguió a Schopenhauer¹⁶⁰) y si bien “se atribuye por una norma”, su existencia “atribuye una norma”, juego de palabras empleado por Goldschmidt y que revela gráficamente cómo es que concibe que el derecho subjetivo crea una relación de la persona con la norma jurídica que le reconoce determinada facultad, siendo esto lo que para él configura el verdadero concepto de relación jurídica¹⁶¹. Por su parte, el *a priori* del deber jurídico es la causalidad (Treves acusa en esto la influencia de Kant¹⁶²). Así presentadas las cosas, se apreciará que la “relación jurídica” es la categoría superior a las de *deber jurídico* y *derecho subjetivo* y como tal las engloba en una visión estática del Derecho. La visión dinámica (o procesal) del Derecho tiene un símil en la categoría denominada “situación jurídica”. Por el momento basta con asumir que la visión procesal del derecho es necesariamente *dinámica* porque antes de la sentencia la suerte de las partes es una total incógnita. La dinamicidad del derecho está dada precisamente por la circunstancia de que en la pelea por él, éste se moverá a favor de una u otra parte mientras más eficazmente vaya construyendo un camino hacia la sentencia favorable.

La concepción que Goldschmidt formuló del Derecho era marcadamente procesal, tanto que, en opinión que desde luego hay que compartir, para él “En la práctica, apenas si se aplica el Derecho fuera del proceso. Aún en los casos de aplicación extraprocesal, por ejemplo, de la redacción de un contrato, suele hablarse de jurisprudencia cautelar para indicar que la misión de ésta es

¹⁵⁹ GOLDSCHMIDT, James: *Problemas Generales del Derecho*, ob. cit. p. 99.

¹⁶⁰ TREVES, Renato: *El Testamento Filosófico de un Procesalista. James Goldschmidt*, EDIAR Soc. Anom. Editores, Buenos Aires, 1946, p. 192.

¹⁶¹ No obstante Goldschmidt no descalifica las otras concepciones de “relación jurídica”, como por ejemplo aquella clásica que la identifica con la existente entre dos personas por una razón de Derecho.

¹⁶² TREVES, Renato: ob. cit. p. 192.

prevenirse contra un posible pleito futuro”.¹⁶³ Y de esto la Historia nos da ejemplos muy aleccionadores e incontestables. Dice Goldschmidt:

*“Durante la paz, la relación de un Estado con sus territorios y súbditos es estática, constituye un imperio intangible. En cuanto la guerra estalla, todo se encuentra en la punta de la espada: los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado una ocasión o descuidado una carga; como al contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde”*¹⁶⁴.

Hasta donde se ha podido indagar, no fue el Maestro alemán sino Pekelis¹⁶⁵ quien arribó a una conclusión que se descuelga como un fruto maduro de esta teoría y que rompe la tesis dualista que separó a la acción del derecho discutido en el proceso, superando a Bülow y Chiovenda. Se trata de un retorno al monismo pero ya no planteado bajo la idea de que la acción es el derecho subjetivo que sale a defenderse en juicio, como se aseguraba antes de la obra de los maestros aludidos. Para este nuevo monismo solamente existe un derecho subjetivo originario: la acción, y por ello todo lo que se conoce tradicionalmente como derecho subjetivo no es sino el reflejo de ésta una vez actuada. Una visión procesalista del Derecho nos obliga a considerar con la seriedad que corresponde a esta nada nueva pero poco explorada teoría, propia de ideas derivadas de alguien que conoce plenamente el Derecho como un todo armónico. No en vano Emil Seckel dijera de Goldchmidt, aún en vida, que *“... pertenece a los pocos juristas, cada día menos numerosos, que científicamente se sienten en toda la órbita del Derecho como en su*

¹⁶³ GOLDSCHMIDT, James: *Teoría General del Proceso*, ob. cit. pp. 11 – 12.

¹⁶⁴ GOLDSCHMIDT, James: *Teoría General del Proceso*, ob. cit. p. 58.

¹⁶⁵ PEKELIS, Alessandro, citado por RAMOS MÉNDEZ, Francisco en: *Derecho y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1979, pp. 99- 102.

*propia casa y que dominan con igual maestría el Derecho Público y el Derecho Privado, el Derecho material y el Derecho Procesal*¹⁶⁶.

Retomando lo señalado unas líneas arriba, ¿por qué luchan las partes en el proceso? Indudablemente que el demandante lucha por hacer efectiva la promesa de protección jurídica del Estado y el demandado por lo contrario en un juego dialéctico. Sin embargo, llevando esta dinámica a términos más específicos de Derecho Justicial debe quedar muy claro que toda esta lucha es por algo muy concreto: la situación jurídica de ventaja que corone en una sentencia favorable. Tan simple, pero a la vez tan complejo como eso¹⁶⁷.

El norte de las partes en un proceso es la sentencia favorable. Hacia ese objetivo es que enrumban sus esfuerzos y por esto es que puede afirmarse que la situación jurídica de las partes será de ventaja en tanto más la acerque a la sentencia favorable y será de desventaja cuando la aleje. Es cierto, como ya ha quedado dicho, que no habrá certeza de la consecución del objetivo hasta que se emita una sentencia firme, pues en el derecho procesal, a diferencia del derecho civil, las cosas no vienen dadas sino que van cobrando forma de acuerdo a los acaecimientos del proceso. Antes de la sentencia todo cuanto pueda haber no pasará del pronóstico más o menos razonable.

Esta es pues la visión dinámica del proceso y la clave es la consideración del hombre como único responsable de su destino. En una pieza literaria memorable, Salvatore Satta nos dice que Dios está en el sentido estático de la vida y no en el dinámico¹⁶⁸ y esto porque

¹⁶⁶ Testimonio de lo afirmado por Seckel da SCHMIDT, Eberhard: “*Las repercusiones de la obra científica de James Goldschmidt sobre la legislación y la ciencia de Alemania*” en *Revista de Derecho Procesal*, vol. II, EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1951, p. 281.

¹⁶⁷ La influencia de Goldschmidt se deja notar en muchos autores de la escuela italiana que lamentablemente no lo citan. Así por ejemplo Tito Carnacini escribía: “*En particular, quiere decir que la parte lo utiliza (se refiere al proceso) con la esperanza que la tutela jurisdiccional implique para ella una ventaja, es decir, con la esperanza que la actuación o reintegración objetiva del derecho implique la realización de un interés concreto (...)*”. (CARNACINI, Tito: *Tutela Jurisdiccional y Técnica del Proceso*, Communitas, Lima, 2011, pp. 18 – 19).

¹⁶⁸ SATTA, Salvatore: *El día del juicio*, Editorial Anagrama, Barcelona, 2010.

en el segundo el hombre se encuentra absolutamente solo, como *“faber est suae quisque fortunae”* (arquitecto de su propia fortuna).

Por supuesto que cuando Goldschmidt expuso su teoría ésta ganó adeptos y detractores; y entre los últimos estuvo nada menos que un grande del derecho procesal: Piero Calamandrei, quien la fustigó señalando que la incerteza e incluso la aleatoriedad, no deseables para el derecho, jamás podrían servir como base para la construcción de un sistema. El tiempo, que todo ordena, hizo que Calamandrei se retracte de su opinión y, aludiendo a las construcciones jurídicas puramente abstractas que Goldschmidt combatió con sus planteamientos, dijera:

“... pero si la ciencia jurídica debe figurar entre las ciencias útiles, esto es, hechas para servir a la práctica, es necesario que de este método el jurista se sirva con discreción, para no caer en el abstracismo; de otro modo, a ciertos abstratistas de la dogmática jurídica les puede ocurrir lo que a los cubistas les ha ocurrido en la pintura: que a fuerza de leer el mundo en formas cúbicas, en sus cuadros el mundo ha desaparecido, y no han quedado más que los cubos, como cajas vacías”¹⁶⁹.

Y en total coincidencia con Goldschmidt afirmaría el florentino que: *“Para obtener justicia no basta tener la razón, sino que es necesario hacerla valer, esto es, conocer y saber maniobrar la técnica para hacerla valer”¹⁷⁰.*

Como podrá apreciarse, el Derecho Justicial Material enfoca al fenómeno procesal en su relación con el derecho sustancial (el que da lugar al proceso), es decir, a través del análisis de situaciones jurídicas favorables o desfavorables según se acerquen o se alejen de la sentencia estimatoria. Las demás teorías han insistido, cada una a su manera, en la total escisión entre el derecho y el proceso, pese a

¹⁶⁹ CALAMANDREI, Piero: *Un maestro del liberalismo procesal*, en *Revista de Derecho Procesal*, EDIAR Soc. Anón. EDITORES, vol. I, Buenos Aires, 1967, p. 164.

¹⁷⁰ CALAMANDREI, Piero: *Un maestro ...* ob. cit. p. 164

que en el mundo real dicha escisión no existe. He ahí la mayor contribución del profesor de Berlín.

2.4. Principales categorías del Derecho Justicial según James Goldschmidt.

2.4.1. Derechos procesales.

Al parecer Goldschmidt hizo uso del término “derechos” en el Derecho Justicial solamente con fines pedagógicos, pues siempre fue cuidadoso de resaltar que en el proceso no existe esta categoría. Así entendidas las cosas, propuso dentro de los “derechos” (la atribución del sujeto de disponer de una situación jurídica bajo su dominio para procurarse un beneficio procesal) a los siguientes:¹⁷¹

- i. **Expectativas.-** Según Goldschmidt “... *son esperanzas de obtener futuras ventajas procesales, sin necesidad de acto alguno propio, y se presentan rara vez en el desenvolvimiento normal del proceso ...*”¹⁷² Ejemplos de esta categoría son: a) la situación de quien ha sido demandado sin que el demandante haya cumplido con los requisitos que le puedan augurar éxito; y, b) la situación de la parte frente al reconocimiento de uno de los hechos expuestos por ella, que deberá ser considerado como cierto por el juez.

Lo contrario a las expectativas son las perspectivas de una sentencia desfavorable, que siempre son

¹⁷¹ En esta materia vamos a seguir el plantamiento de Goldschmidt contenido en su Libro “*Teoría General del Proceso*”, en atención a que dicha obra fue escrita en español y por lo tanto se descartan imprecisiones o equívocos propios de toda traducción. Si bien en el libro también escrito en español, titulado “*Problemas Generales del Derecho*” el autor abordó el tema, nos parece más fiable el anterior no solo por ser una obra dedicada a la materia bajo estudio sino porque este último no se puede considerar como una obra definitiva, ya que la muerte lo sorprendió antes de terminarlo.

¹⁷² GOLDSCHMIDT, James: *Derecho Procesal Civil*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936, p. 194.

consecuencia de una dejación del sujeto en cabeza de quien pesa una carga determinada.

- ii. **Posibilidades u oportunidades.**- Son las situaciones que se presentan cuando el sujeto puede obtener alguna ventaja como consecuencia de ejecutar un acto procesal determinado. Goldschmidt condensa la idea así: “... sólo existe una posibilidad procesal cuando la acción que ejerce la parte tiene una alta posibilidad de ser eficaz, esto es, se produce una situación procesal cuando la posibilidad puede alcanzar, atendiendo a su finalidad y según el estado del proceso, una fase más en el camino dhacia un resultado procesal favorable”¹⁷³. La interposición de la demanda es una posibilidad¹⁷⁴, como lo es la actuación de un medio de prueba o la tacha a un testigo, por ejemplo. Goldschmidt afirma que la mayoría de derechos procesales son posibilidades.

- iii. **Liberación de una carga procesal.**- Es la situación de la parte a la que la abstención de observar cierta carga procesal no le acarreará perjuicio procesal alguno pese a que éste perjuicio es la normal consecuencia del acto no ejecutado. Ejemplo de tal categoría es el del denunciado civil que decide no comparecer ante el juez.

¹⁷³ GOLDSCHMITD, James: *El proceso como situación jurídica*; en *Derecho, Derecho Penal y Proceso* T. III, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 300.

¹⁷⁴ Demandar no es en estricto una carga procesal, toda vez que el no hacerlo no ocasionaría ningún perjuicio procesal, pues el proceso nunca habría llegado a existir.

2.4.2. Cargas procesales

Para Goldschmidt el concepto opuesto a los “derechos procesales” no es el de “deberes procesales”, sino el de “cargas procesales”. Los deberes procesales son raros en la medida que no existen imperativos a favor de un interés ajeno que pueda ser exigido por coacción o cuyo incumplimiento pueda dar lugar a una sanción¹⁷⁵. En realidad –como lo admite el maestro– sí existen deberes procesales pero son excepciones a la regla, como por ejemplo el deber de obrar con lealtad, probidad y buena fe, sancionables con multa e incluso con la posibilidad de perder el proceso por el valor probatorio que puede extraerse de la conducta de las partes¹⁷⁶. También está el deber de los testigos de concurrir a declarar, así como el deber de contenido económico (es decir, la obligación) de pagar las costas y los costos del proceso.

Pero si de someterse a un imperativo se trata, en el proceso existen muchos que confluyen bajo la categoría de cargas procesales. Éstos, en efecto, si bien son imperativos, su peculiaridad es que su inobservancia afectarán únicamente a quien los inobservó. Goldschmidt los describe así: “*La antítesis del Derecho procesal es la carga procesal, es decir, la*

¹⁷⁵ Acá conviene recordar que las ideas de Goldschmidt tuvieron resonancia en la doctrina alemana; sin embargo por su condición de judío estuvo prohibido citarlo. De ahí que Leo Rosenberg, por ejemplo, convenga en la inexistencia de deberes procesales sin indicar la fuente de su aseveración. Dijo: “*En principio, no incumbe a las partes ningún deber de actuar. No están obligadas a sufrir las resoluciones del tribunal, pues están sometidas sin más a su poder de decisión. Un deber de actuar no existe –abstracción hecha del deber de comparecer personalmente por disposición judicial (...)- ni frente al tribunal, que puede llegar a una resolución final del procedimiento con ayuda de las consecuencias de la rebeldía, sin la esperada actuación de parte; ni frente al adversario, que marcha mucho mejor si la otra parte no actúa y, por tanto, debe desear que no se realice el acto, no pudiendo tener, en consecuencia, ningún derecho a tal realización. Las partes serán impulsadas a actuar mucho más por su propio interés, puesto que si permanecen inactivas corren en peligro de perder el proceso. Por eso ya no se habla de obligación de actuar ni de deber de actuación, sino de carga de actuación (...)*”. (ROSENBERG, Leo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, ARA Editores, Lima, 2007, pp. 49 – 50).

¹⁷⁶ Código Procesal Civil peruano: “*Art. 282°.- Presunción y conducta procesal de las partes: El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas*”.

*necesidad de prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal*¹⁷⁷. La causa jurídica de las cargas procesales es explicada en la siguiente forma: “... consiste en que la lucha de las partes integra la esencia misma del pleito, y en que impone a las partes la necesidad de actuar, es decir, de emplear los medios de ataque y de defensa. Y la consecuencia del descuido de la parte es el empeoramiento de su situación procesal, es decir, el inicio o el aumento de la perspectiva de una sentencia desfavorable”¹⁷⁸.

Por esta razón, si bien en el Derecho Civil pueden existir cargas (por ejemplo, dar aviso oportuno al seguro cuando ocurre un siniestro como condición para tener derecho a reclamar la indemnización, o protestar una letra de cambio como condición para conferirle mérito ejecutivo), en él la fuente del perjuicio jurídico está dada, en su enorme mayoría, por el incumplimiento de los deberes. En el Derecho Justicial la recurrente fuente de perjuicio jurídico es el incumplimiento o cumplimiento insatisfactorio de las cargas procesales.

Tal como se podrá apreciar, existe una relación bastante cercana entre las cargas y las posibilidades procesales, en la medida en que “*Toda posibilidad procesal suceptible de perderse, impone a la parte la carga procesal de realizarla, para evitar su pérdida*”¹⁷⁹. Y luego de analizar este enunciado se encuentra una línea divisoria bastante difusa no solo entre las posibilidades y las cargas, sino entre éstas y la totalidad de situaciones procesales activas arriba mencionadas (expectativas, posibilidades y liberación de una carga procesal). De eso se trata el siguiente acápite.

¹⁷⁷ GOLDSCHMIDT, James: *Teoría General del Proceso*: ob. cit. p. 82.

¹⁷⁸ GOLDSCHMIDT, James: *Teoría General del Proceso*: ob. cit. p. 83.

¹⁷⁹ GOLDSCHMIDT, James: *El proceso como situación jurídica*, ob. cit., p. 356.

2.5. Crítica de las categorías propuestas por Goldschmidt.

Salvo puntuales excepciones, el Derecho Procesal no crea derechos. Esta aseveración ha sido sostenida por el propio Goldschmidt, de manera que dicha categoría, propia de una visión estática del Derecho, no presta ninguna utilidad para el Derecho Justicial y por tanto su uso resulta inapropiado aún cuando ello tenga una finalidad pedagógica. El Derecho Justicial no puede ser explicado desde conceptos respecto de los que éste es precisamente contestatario.

La concepción dinámica del Derecho coloca al sujeto frente a una futura decisión del juez relativa a la promesa de tutela jurídica del Estado o la amenaza de represión para el infractor, según sea el caso; es decir según se trate del demandante o del demandado. De ahí que se desarrolle una cadena de sucesos importantes para cada uno de ellos y para el propio proceso. Por eso es que las *expectativas / perspectivas, posibilidades y liberaciones de cargas procesales* como categorías sobre la parte que reclama la tutela jurídica no tendrían la suficiente consistencia teórica para ser consideradas como tales. Se entiende más bien que son solamente momentos de los sujetos frente a una *carga procesal*, gran concepto éste que se brinda con suficiencia para ser considerado como definidor de la realidad del proceso.

Veamos: las *expectativas / perspectivas* se explican solamente cuando la parte se encuentra frente a una carga que puede satisfacer o no. Si lo hace entonces tendrá una *expectativa*, es decir, una situación jurídica de ventaja que como tal lo acerca a la sentencia favorable. Si no lo hace su *perspectiva* será la de una situación jurídica de desventaja que lo aleja de la sentencia favorable. Nótese que lo que califica las *expectativas / perspectivas* es la relación del sujeto con la carga procesal satisfecha o insatisfecha. Por lo demás deberá advertirse que esta relación de la parte con la carga tiene

apenas una explicación parcial en Goldschmidt en el concepto *expectativa*; sin embargo la *perspectiva* quedaría flotando en la nada en la medida que no puede ser asimilada a una situación favorable de la parte como consecuencia de cumplir con una carga procesal, sino todo lo contrario. Esto demuestra que la figura *expectativas / perspectivas* resulta bastante forzada.

Las *posibilidades* son, asimismo, comprendidas por el concepto *carga procesal*. En realidad, el que una de las partes tenga ante sí una oportunidad de ataque o defensa es solamente la apreciación del fenómeno de la carga procesal en el momento en que se presenta en la dinámica del proceso. Las *posibilidades* u *ocasiones procesales* no son sino la oportunidad de satisfacer una carga procesal.

Finalmente, la *liberación de una carga* es la simple dejación de una carga procesal que la parte asume, por lo que su diferenciación con la categoría *perspectiva de un resultado desfavorable* se torna demasiado complicada.

Como podrá concluirse, no es necesario forzar la teoría para tratar de establecer para el Derecho Justicial un paralelismo con el binomio *derecho – deber* propio de la visión estática del Derecho. La carga procesal es un imperativo que así como poder constituir presión para la parte, puede también ser considerada como una simple posibilidad de actuar. Es más, si se quisiera fijar a como dé lugar tal paralelismo, a la carga debería corresponder la categoría *facultad* y no *deber*, entendido el primero como Sentís Melendo,¹⁸⁰ quien, citando a Cappelletti, señala que es aquello que es lícito hacer, a diferencia del *derecho subjetivo*, que es aquello que es lícito ordenar que otro haga¹⁸¹.

¹⁸⁰ SENTÍS MELENDO, Santiago: *Perención de Instancia y Carga Procesal*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1967, p. 346 – 348.

¹⁸¹ Pero la comparación por aproximación no es del todo satisfactoria, porque la dejación de una facultad no conlleva necesariamente a un perjuicio para el agente, a diferencia de la carga, cuya inobservancia regularmente le acarrea un perjuicio procesal.

Pero volviendo a la consideración dinámica del Derecho, que es lo que interesa, está dentro de la esfera de libertad de cada quien procurarse cargas o no hacerlo. Es más, está en libertad de cada quien dejar pasar las cargas que el proceso le ofrece. El proceso no es sino una sucesión de cargas procesales para las partes y deberes funcionales del juez. Por excepción aparecen deberes de terceros (*en el sentido lato y no estrictamente procesal del término*) como testigos, peritos y otros que en nada alteran lo dicho, sino que abonan a entender que todo aquello que no es carga es ajeno a las partes.

3. El caso de la prescripción extintiva.

La prescripción extintiva es una categoría típica del Derecho Justicial. En efecto, todas las personas tenemos –diríase– una situación jurídica de ventaja en estado de latencia y a nuestra disposición que se objetiva con la interposición de una demanda. Interpuesta dicha demanda es indudable que hemos dado el primer golpe en la lucha por nuestro pretendido derecho y nuestra posición frente a la futura sentencia es favorable frente a quien ni siquiera ha ejercido una defensa. Pues bien, ocurre que el Derecho Justicial prevé qué es lo que puede pasar cuando alguien ha incurrido en una demora legalmente considerada excesiva para la defensa de su derecho y tal situación es advertida por la parte demanda en tiempo y forma (en nuestro caso, mediante la excepción de prescripción): la situación jurídica de ventaja se declara extinta y, por tanto, el proceso no puede progresar. Una norma de Derecho Justicial indica al juez que debe declarar concluido el proceso sin declaración sobre el fondo.

Nótese que el efecto de la prescripción extintiva no es la desaparición del derecho subjetivo ni tampoco la de la acción como el indebido fraseo del Código Civil peruano indica¹⁸². Lo que se extingue es, pues, la situación jurídica de ventaja y por ende el accionante pierde el

¹⁸² Código Civil peruano: “Art. 1989.- *La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo*”.

proceso mediante declaración que desestima su pretensión de tutela jurídica¹⁸³.

Acá cabe hacer una distinción importante: si bien las normas de derecho material señalan cómo debe resolver el juez y las de derecho procesal cómo proceder, dentro de las primeras debemos considerar a las que se pronuncian sobre el destino final de la pretensión de tutela jurídica del actor. En ese sentido, una resolución que ampara una excepción de prescripción repercute en la atendibilidad de la pretensión y por tanto tiene efectos plenamente materiales, así como –por ejemplo– una que declara fundada una excepción de incompetencia se circunscribe al derecho procesal y no afecta directamente tal pretensión.

Si esto es así, *¿entonces dónde debe ser regulada la prescripción extintiva?* Parece ser claro que su manifestación material, es decir, cómo debe resolver el juez, en el Código Civil y la procesal, o sea cómo se hace valer en el proceso, en el Código Procesal Civil, tal cual ocurre en la actualidad.

4. La perención desde el Derecho Justicial.

La instancia debe ser entendida como un acto mediante el cual un sujeto requiere a otro la ejecución de determinada conducta para la satisfacción de su interés. Para Carnelutti en la instancia “(...) *el agente en vez de satisfacer el propio interés por sí, propone a otros la satisfacción del mismo, mediante un acto que sólo otros pueden efectuar, y estimula o provoca así tal acto*”.¹⁸⁴ En efecto, el actor de ordinario se encuentra en un estado de insatisfacción jurídica por constatar que su pretensión civil extraprocesal no tiene correlato en la

¹⁸³ En este punto, y aunque por derroteros diversos, hay coincidencia con lo opinado por CUEVA GARCÍA, David Ernesto: *Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva*, en *Ius et Veritas*, N° 21, Lima, 2000, pp. 91 – 108.

¹⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, T. III, UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 17.

realidad. Jaime Guasp explica cómo es que tal estado de insatisfacción se produce:

“... de esta insatisfacción del hombre arranca una de sus básicas actitudes sociales, la queja; la reclamación o la protesta, que está siempre dispuesto a formular en cualquier momento, por cualquier motivo, en mayor o menor medida, según su temperamento y ambiente, pero siempre en un núcleo irreductible de su íntimo ser como parte indispensable de su entraña. Por lo mismo que el hombre es un animal insatisfecho, el hombre es un animal que se queja, un ser plañidero”¹⁸⁵.

Entonces, en un sistema jurídico en el que salvo excepciones muy puntuales, está prohibida la justicia por mano propia, el individuo puede optar por permanecer impasible asumiendo la consecuencia de tal decisión, es decir, asumiendo que su estado de insatisfacción se mantenga indefinidamente; o puede actuar, luchar por su derecho iniciando un proceso ante los Tribunales.

Hecha la instancia o ejercido el derecho de acción por el demandante (en este caso es lo mismo) se produce de inmediato para él una situación jurídica de ventaja frente al adversario que a este momento ni siquiera conoce de lo acaecido, toda vez que por el solo hecho de atacarlo procesalmente él ya se encuentra en una posición más cercana a la sentencia favorable que aquel. Si la pretensión es admitida a trámite dicha situación jurídica se torna más favorable aún.

Verificado el emplazamiento e iniciado formalmente el proceso la situación jurídica del demandado sufre una alteración enorme, pues:

- i. Queda sujeto a un estado de litispendencia conforme al cual su esfera jurídica, que estuvo en una condición de quietud, es alterada por la eventualidad de una sentencia desfavorable; o,

¹⁸⁵ GUASP, Jaime: *La Pretensión Procesal*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985, p. 39.

parafraseando a Goldschmidt: a que se produzca un injerencia injustificada del Estado en su esfera jurídica¹⁸⁶.

- ii. Correlativamente a lo anterior, la prescripción extintiva cuyo decurso se había iniciado por el estado de inatacabilidad de su situación jurídica, queda interrumpida¹⁸⁷. Esto, evidentemente, cuando no nos encontramos frente a situaciones jurídicas imprescriptibles.

Lo que se quiere demostrar es que en la situación jurídica del demandado se produce toda una revolución –iguamente jurídica- que no existía antes del proceso. Es por esta razón que se considera que en la generalidad de los casos el demandante tiene una situación jurídica de ventaja frente al demandado. Bajo esta situación jurídica diríase general, la dinámica procesal puede favorecer a una u otra parte de acuerdo a la forma en que actúan frente a las cargas procesales que se procuran o se les presentan. El demandado deberá soportar este estado de cosas hasta que sea dictada la sentencia que, de resultar absolutoria, le reparará la paz alterada por efectos de la pretensión dirigida contra sí.

En materia civil el elemento percursor del proceso es activado por la parte demandante y las sucesivas instancias también están confiadas principalmente a su activación. La explicación de esto es, desde el Derecho Justicial, que si el demandante mantiene por lo general una situación jurídica de ventaja que coloca al demandado en una

¹⁸⁶ GOLDSCHMIDT, James: *El proceso como situación jurídica*, ob. cit. p. 294 – 295.

¹⁸⁷ Código Procesal Civil peruano: “Art. 438.- Efectos del emplazamiento. El emplazamiento válido con la demanda produce los siguientes efectos:

(...)

4. Interrumpe la prescripción extintiva”.

Código Civil peruano: “Art. 1996.- *Se interrumpe la prescripción por:*

(...)

3. Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente”.

condición gravosa que no existía antes del proceso, lo mínimamente exigible es que se ocupe de que el proceso, a través de su instancia, progrese en el tiempo hacia su destino final, es decir la sentencia, de manera tal que la perturbación de la situación jurídica del demandado, alterada por efectos de la pretensión, no se prolongue indefinidamente.

Si el demandante no cumple con satisfacer la carga de impedir que el proceso quede paralizado por un plazo superior al razonable, entonces es lógico que deba soportar una consecuencia disvaliosa. Los sistemas tributarios del antiguo Derecho Procesal francés consideran que ésta debe ser la perención que a su vez da lugar a que las dos condiciones de la situación jurídica que pesa sobre el demandado a raíz de la instauración del proceso desaparezcan, y la segunda con efectos retroactivos; es decir como si nunca se hubiera producido el emplazamiento.

Por tal razón nuestro Código Civil es acertado cuando en su artículo 1997° establece que la interrupción de la prescripción queda sin efecto cuando el proceso fenece por abandono¹⁸⁸. Habría que advertir, no obstante, que el criterio que subyace en la norma referida fue cuestionada con severidad por Chiovenda¹⁸⁹, pues para él la simple impetración del proceso debe ser suficiente para que la prescripción no se produzca nunca pues –señala- no sería justo que alguien que tiene un derecho lo pierda debido al aprovechamiento que haga la parte contraria del estado de inercia del proceso. Para el maestro de Bolonia el sujeto titular de la situación jurídica de desventaja debe impulsar el proceso si quiere certeza en el derecho

¹⁸⁸ “**Artículo 1997.-** *Queda sin efecto la interrupción cuando:*
(...)”

3.- *El proceso fenece por abandono*”.

¹⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe: *Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la Comisión de Postguerra*, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Ediciones Jurídicas Europa – América – Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1949, pp. 323 – 324.

discutido¹⁹⁰. Pero tal criterio es no solo injustificablemente paternalista con el demandante, sino de derecho estático, pues para una visión jurídica más bien dinámica, quien se considere titular de una situación jurídica de ventaja debe ser lo mínimamente diligente para que ésta fructifique en una sentencia favorable. De esta manera Chiovenda estaría oponiéndose no solamente a la perención sino –y ya que el fundamento es exactamente el mismo- también a la propia institución de la prescripción. Todo un exceso.

Cuadro Nº 03

Comprobación de la tercera hipótesis específica

La litispendencia es una inevitabilidad jurídica.

Frente al derecho de acción del que cada persona está investido, el sujeto pretendido nada puede hacer para evitar ser llevado al proceso. Esta inevitabilidad, que por su naturaleza es ostensiblemente jurídica, no puede tener efectos *ad infinitum*, pues limita la tranquilidad -también jurídica- del individuo.

¹⁹⁰ “Si la demanda es fundada no es justo que el demandado se aproveche del estado de inercia del juicio (que puede ser debido a las más diversas causas) para liberarse de su deuda; y de otro lado está en poder suyo el hacer cesar este estado, cuando haya interés en ello, con convertirse en parte diligente”. (CHIOVENDA, Giuseppe: *Ensayos ...* ob. cit. p. 324).

5. Justificación de la perención según el Derecho Justicial.

Habiendo adoptado posición frente al fenómeno de la perención es bueno revisar las justificaciones que de ella se hacen desde distintos sectores de la doctrina a fin de someterlas a un análisis.

Una primera corriente de opinión, a la que se puede denominar *subjetiva*, considera que la perención responde a una presunción absoluta de que las partes han decidido abandonar el proceso y, por ende, finalizarlo. Ya desde Borsari¹⁹¹ se afirmaba que había que atribuir un significado a la permanente discontinuidad (*discontinuità*) del proceso, correspondiendo que éste sea su abandono voluntario. Mattiolo, el antiguo maestro de Turín, formuló con más claridad esta posición al señalar que:

*“El largo silencio, el descuido de las partes, hacen naturalmente presumir que se quiso abandonar el juicio, y el legislador, utilitatis causa, ne lites fiant pene inmortales, da a dicha presunción un valor absoluto, juris et de jure”*¹⁹².

La misma postura la encontramos en Carnelutti, quien afirma: “(...) *la caducidad demuestra que ni la una ni la otra de las partes tiene ya necesidad de proceso y se puede considerar como un acuerdo tácito de las partes para hacerlo cesar*”.¹⁹³ Coinciden Alsina¹⁹⁴, Parry¹⁹⁵, Couture¹⁹⁶ y Loutayf y Ovejero¹⁹⁷. Incluso el Código General del

¹⁹¹ BORSARI, Luigi: *Il Codice Italiano di Procedura Civile Annotato*, Parte Prima, Dalla Società L'Unione Tipografico – Editrice, Torino – Napoli, 1869, p. 442.

¹⁹² MATTIROLLO, Luigi: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, T. II, Editorial La España Moderna, Madrid (sin fecha de edición a la vista), p. 2.

¹⁹³ CARNELUTTI, Francesco: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, T. IV, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 573.

¹⁹⁴ ALSINA, Hugo: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T. IV, EDIAR Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1961, pp. 423 – 425.

¹⁹⁵ PARRY, Adolfo E.: *Perención de la Instancia*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, p. 27.

¹⁹⁶ COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 187.

¹⁹⁷ LOUTAYF RANEA, Roberto G. y OVEJERO LÓPEZ, Julio C.: *Caducidad de la Instancia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 7.

Proceso de Colombia que data de 2012 contempla a la institución bajo la denominación *desistimiento tácito*.¹⁹⁸

Subyace en esta visión de la perención un antiguo mito del que daba cuenta Consolo, en el sentido que el proceso judicial es un mal social al que es necesario poner fin. Decía el autor citado que:

*“El estado de incertidumbre en el que se mantiene el derecho si no se da el comienzo de la lucha, la dificultad para llevar a cabo ciertas pruebas con el transcurrir de los años, el dispendio de recursos que puede devenir en despilfarro ... y un complejo de razones existen para reclamar contra la duración indefinida de los juicios”*¹⁹⁹.

Tal criterio, se considera, fue errado pues el proceso es precisamente la institución que la cultura aporta para la curación de los males sociales.

Una derivación de la tesis subjetiva, en tanto atribuye culpa a la perención, es la que se podría llamar *subjetiva - punitiva*, para la que nuestra institución es una sanción al demandante negligente por haber provocado la actividad de la jurisdicción y desentenderse de ella. Devis Echandía, por ejemplo, anota que: *“La perención es una sanción al litigante moroso”*²⁰⁰, enfoque por lo demás acogido por nuestra Corte Suprema en una ejecutoria que estableció que: *“Lo que*

198 Código General del Proceso colombiano: *“Artículo 317. Desistimiento Tácito: El desistimiento tácito se aplicará en los siguientes eventos:*

(...)

2. Cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas o perjuicios a cargo de las partes. (...).”

Este código recoge además una figura que parece inspirada en el antiguo Derecho Canónico, cuando en el artículo 121° establece que en ningún proceso podrá transcurrir un año desde el emplazamiento sin que se haya expedido sentencia. De ocurrir esto, el proceso será derivado al juzgado de turno para que asuma competencia y resuelva la litis en no más de seis meses. La intención del código es muy buena pero será la praxis la que demuestre si el objetivo trazado fue realista. En una obra legislativa suele ser difícil desagregar la regulación propiamente dicha de las buenas intenciones.

¹⁹⁹ CONSOLO, Giovanni Cesareo: *Trattato della perenzione d'istanza nei giuidici di cognizione*, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1907, p. 3.

²⁰⁰ DEVIS ECHANDÍA, Edgardo: *Teoría General del Proceso*, T. II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, p. 664.

*realmente sanciona el abandono es la negligencia manifiesta del litigante, que con su inactividad deja paralizado el proceso*²⁰¹.

Chiovenda²⁰², quien postula la tesis llamada *objetiva*, prefiere sostener que para que se extinga el proceso basta la simple constatación del cumplimiento del plazo establecido en la ley sin que éste progrese por acto de parte pese a estar en condiciones de hacerlo. El autor mencionado y quienes lo siguen justifican la necesidad de concluir los procesos detenidos en el interés de que los órganos jurisdiccionales se liberen de todos los deberes que la instauración de lo que llaman *una relación procesal* suponen. Redenti²⁰³ parece alinearse con esta posición cuando refiere que la extinción del proceso por inactividad²⁰⁴ se configura cuando las partes descuiden u omitan *de facto* el ejercicio de la iniciativa privada o del impulso procesal. En el mismo sentido Calamandrei²⁰⁵, Guasp, quien afirma contundentemente que: “(...) *el fundamento objetivo (se basa) en la idea supraindividual de que no se prolongue la duración de los pleitos paralizados. No es dudoso que el fundamento objetivo debe preferirse al subjetivo (...)*”²⁰⁶, Ramos Méndez²⁰⁷ y Mandrioli²⁰⁸.

Analizando: la tesis *subjetiva* es completamente innecesaria porque en los sistemas que acogen la perención, la voluntad de las partes para producirla es intrascendente. Pero además se desaconseja esta teoría por cuanto su aceptación debería admitir la posibilidad de que se discuta si la voluntad de concluir el proceso se produjo en efecto, y,

²⁰¹ Cas. N° 4805-2010-Lima.

²⁰² CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. III, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2005, pp. 232 – 233.

²⁰³ REDENTI, Enrico: *Derecho Procesal Civil*, T. I, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1957, p. 497.

²⁰⁴ Como se verá en su momento, la figura de la extinción del proceso se asemeja a la perención, pero guarda respecto de ella grandes diferencias.

²⁰⁵ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1986, p. 401.

²⁰⁶ GUASP, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, T. I, Thomson Civitas S.A., Madrid, 1998, p. 504.

²⁰⁷ RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho Procesal Civil*, T. I, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, p. 680.

²⁰⁸ MANDRIOLI, Crisanto: *Diritto Processuale Civile*, T. II, G. Giappichelli Editore – Torino, Milano, 2002, p. 345.

de ser así, si estuvo afectada por un vicio. Todo un proceso dentro del proceso para tratar a la perención; es decir, un absurdo. Por otra parte, si se opta por la presunción absoluta a que se refiere Mattiolo la verdadera voluntad de los litigantes también saldría sobrando.

Depende de cómo se enfoque, para una visión dinámica del Derecho la tesis *subjetiva punitiva* podría resultar siendo un craso error o una obviedad. Craso error porque nadie puede ser sancionado por inobservar lo que no es un deber (instar es una carga, no un deber). Obviedad porque, como ya se ha visto, es de lo más normal que el incumplimiento de una carga acarree un perjuicio procesal para el omitente. Pero la perención no sanciona la negligencia de nadie, sino que se limita a reservar una consecuencia disvaliosa para quien incumple con la carga de instar. Al proceso no le interesa si ha habido dolo o negligencia y por eso es que “*sanción*” no es el término más feliz para comprender el fenómeno: la sanción entendida en la visión estática del Derecho es un mal procurado a alguien por un tercero con legitimidad, mientras que en el proceso quien se procura dicho mal es el propio omitente.

Entonces, si bien queda claro que la única tesis admisible es la *objetiva*, forzoso es decir que no se encuentra una indesligable relación entre ésta y el supuesto interés general de que los procesos no se perennicen. Lo que se trata de advertir es que una tesis objetiva no necesariamente tiene que colocar el interés de la perención en un objetivo público y ese parece haber sido el error de quienes adoptaron tal posición.

Una tesis objetiva cuya finalidad sea individual es perfectamente sostenible. Tal es pues la posición central de esta investigación. Para entenderla es de lo más pertinente traer a colación una anécdota narrada por Salvatore Satta. Dice así: siendo todavía un joven discípulo de Marco Tullio Zanzucchi, un día vio llegar a su maestro algo desconsolado. Había ocurrido que Zanzucchi formaba parte de

una comisión de exámenes para procuradores presidida por un ilustre magistrado de la Corte de Milán, en cuyo marco había preguntado a un examinado cuál era el fundamento de la perención y éste había respondido lo esperado: liberar al Estado del imperativo de pronunciarse sobre causas sin actividad, lo que pareció bien al viejo maestro pero provocó la objeción del Presidente, quien exclamó: *“¿Pero quién le ha dicho estas cosas? A mí no me importa nada si un proceso está pendiente o no: ni me doy cuenta”*. Zanzucchi debía su desazón a tal concepción, pero Satta, que al parecer ya llevaba el germen del niño terrible del procesalismo italiano en que más adelante se convertiría, espetó: *“¡Pero el Presidente tiene razón!”*; aunque cuenta que inmediatamente se arrepintió de su juvenil intemperancia y no debió ser por falta de razón sino por respeto intelectual a su mentor²⁰⁹.

Calamandrei, por su parte, se lamenta de haber incluido en el Código de 1942 una disposición mediante la cual los procesos en giro a la fecha de su entrada en vigencia, tenían que acogerse a la nueva regulación en lo que respecta al impulso del proceso. Dijo:

*“... uno de los más graves errores que cometió el legislador de entonces fue el de imponer la reasunción con el nuevo rito de todas las causas que bajo el antiguo código vivían en un estado letárgico, en espera de la honrosa perención: viejas causas pacíficas, que estaban dejadas de lado sin molestar a nadie, y que llevadas de nuevo autoritariamente al turno de los juicios instructorios, han recuperado virulencia y pretensión de juventud, y han contribuido poderosamente así a agravar el estancamiento de que sufre hoy la justicia civil”*²¹⁰.

Puede entenderse que dentro de una concepción autoritaria del proceso como manifestación del poder estatal, la perención tenga la dudosa misión de aminorar el número de causas pendientes. Pero

²⁰⁹ SATTA, Salvatore: *La extinción del proceso* (traducción de Eugenia Ariano Deho), en Boletín Cultural Cuzco, N° 18, Lima, julio 27 de 2003.

²¹⁰ CALAMANDREI, Piero: *El proceso como juego*, en *Estudios sobre el Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1986, p. 279.

esta forma de entender la cuestión privilegia claramente el interés del Estado por sobre el interés de las personas y la idea de que el Estado es la personificación del ideal de la lucha por la justicia debe ser desterrada, pues todos sabemos que la historia de la libertad no es si no, precisamente, la lucha de la persona contra el propio Estado. La confesión del Presidente del Tribunal a que se refiere la anécdota de Satta y su aprobación fueron puros actos honestidad, como honesto es el arrepentimiento de Calamandrei. Al Estado le da casi lo mismo, y la experiencia así lo demuestra, que existan cientos o incluso miles de causas sin resolver.

Ciertamente que para la justificación de la perención, y tal es la posición de esta investigación, debe considerarse la tesis *objetiva*, pero entendiendo que su utilidad responde a un legítimo interés individual sobre el que hay que volver: el que la litispendencia y la interrupción de la prescripción, que perturban la tranquilidad del sujeto, se extingan. Dicho de otro modo: que su situación jurídica de desventaja no se prolongue irrazonablemente; o mejor aún: que se extinga la posibilidad de una no deseada intervención del Estado en su esfera jurídica. Y esto da sentido al carácter necesariamente evolutivo que distingue al proceso.

Todo peso debe tener un contrapreso en pos del ansiado equilibrio. Así lo entendió Satta, y no puede sino coincidirse con él cuando sostuvo que la perención, si bien es una entidad producida por el principio dispositivo, pertenece a la esencia misma del proceso; pues

“(...) donde hay acción, esto es, la postulación de un juicio, debe haber un modo, una especie de contrapreso, que ponga fin a la postulación y al proceso, cuando no se concluya con su resultado natural, que es la sentencia”²¹¹.

²¹¹ SATTA, Salvatore: *Derecho Procesal Civil*, T. I, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1971, p. 379.

Es bueno precisar que para el maestro sardo la función de la perención era la certeza de los derechos, posición distinta a la adoptada en esta investigación que postula más bien que la mentada función es doble: en primer lugar, y por sobre todo, busca la libertad jurídica del individuo a través de la cesación de la situación jurídica de desventaja en la que ha sido colocado por instancia del demandante y, en segundo lugar, posibilitar la prescripción extintiva de dicha situación jurídica y su efecto en la certeza del Derecho. Como se ve, este segundo efecto puede concurrir o no según el plazo transcurrido desde que la situación jurídica de ventaja pudo ser hecha valer.

6. Los sustitutos de la perención en la legislación comparada.

No es que la perención sea una institución imprescindible. Lo imprescindible es, en todo caso, que el individuo demandado cuente con una vía de escape frente a la inmovilidad de un proceso que lo afecta en su libertad. Esa es la perspectiva con que la legislación comparada nos presenta alternativas frente al mencionado problema.

El caso de Colombia es ilustrativo²¹²: la caducidad de la instancia (tal fue el *nomen iuris* utilizado) fue instituida por la Ley 105 de 1890. El Código Judicial de 1931 la replicó, como lo hizo también el ya derogado Código de Procedimiento Civil de 1970, esta vez bajo el *nomen iuris* de perención. En dicha norma se estableció que la perención no operaría en los procesos ejecutivos y acá viene el primer dato interesante, pues pese a tal causal de improcedencia, se dispuso que cuando se verificara el plazo de la perención ordinaria, si bien el proceso no concluiría sí se produciría el desembargo de los bienes

²¹² Mucha atención con la regulación de la perención en Colombia pues según Eugenia Ariano (y tal como se confirmará más adelante) nuestro *abandono* estuvo inspirado en la *perención* del ya derogado Código de Procedimiento Civil colombiano. (ARIANO DEHO, Eugenia: *Conclusión del proceso por inactividad de las partes y prescripción*; en *In Limine Litis, Estudios Críticos de Derecho Procesal Civil*, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p.436).

que hubieren sido efectuados. En otras palabras, el proceso ejecutivo caería en la nada ante la posibilidad de transferencia de los bienes embargados. No había perención, pero la ley proporcionaba un equivalente frente al antiproceto.

Siguiendo con Colombia, hay que apreciar que pese a que durante los años 2001 a 2003, por cada 100 sentencias dictadas hubo 61.47 casos terminados por perención²¹³ y esto indicaba que la institución no había caído en desuso, pero durante la vigencia del ya derogado Código de Procedimiento Civil de 1970 se promulgó la Ley N° 794 de 2003, mediante la cual los artículos 346° y 347° que regulaban la perención fueron derogados y de esta manera se superó la aparente antinomia entre el impulso de oficio contenido en el el art. 2° de su Título Preliminar²¹⁴ y nuestra institución, lo que parece haber sido la justificación de la modificación legislativa. El Tribunal Constitucional colombiano no pudo ocultar su entusiasmo frente a esta novedad legislativa cuando le correspondió pronunciarse sobre su constitucionalidad, la que desde luego validó afirmando que:

“... la eliminación de la figura asegura en mejor manera que el proceso llegará a su fin natural, esto es a la decisión del asunto mediante un fallo que resuelve el fondo del asunto, cosa que el decreto de perención no logra en ninguna circunstancia. En este sentido le asiste razón al interviniente que afirma que la derogatoria que se examina satisface en mejor forma el derecho de acceso a la justicia (C.P. art. 229), con lo que logra realizar mayormente el fin del Estado Social de Derecho de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Además, la derogatoria mencionada también da aplicación al principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo adjetivo o procedimental, al propender por que los procesos lleguen a una decisión sustancial o de

²¹³ Estadística obtenida de BURBANO TORRES, Eduardo: *Por qué la perención no es necesaria*, en XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, 2007, p. 640.

²¹⁴ **ARTÍCULO 2°. INICIACIÓN E IMPULSO DE LOS PROCESOS.** *Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio. Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya.*

*fondo y no a una decisión que no resuelve materialmente la controversia*²¹⁵.

Sin embargo, no obstante lo que rezaba la ley, y al no haberse colocado una herramienta equivalente a la perención, se produjeron muchos casos de procesos estacionales (permítase la contradicción lógica del enunciado) y por ello hubo que volver a la realidad. Así, cuando mediante Ley 1194 de 2008 de alguna manera se reestableció la perención como “*desistimiento tácito*”, curiosamente el Tribunal Constitucional no escatimó elogios para él, como por ejemplo los siguientes:

*“... el desistimiento tácito (i) evita la paralización del aparato jurisdiccional en ciertos eventos; (ii) permite obtener la efectividad de los derechos de quienes activan o participan en la administración de justicia, pues la efectividad de los derechos depende de la prontitud de los medios que sirven para materializarlos; (iii) promueve la certeza jurídica de quienes actúan como partes en los procesos, entre otros efectos constitucionalmente valiosos, dirigidos a que se administre pronta y cumplida justicia, y a que las controversias no se prolonguen indefinidamente a lo largo del tiempo”*²¹⁶.

Todo esto lleva a reafirmar que sin que sea imprescindible, la perención es una herramienta muy útil para la defensa de la libertad jurídica de la persona sometida a una general situación jurídica de desventaja frente a un sujeto demandante y a la inminencia de que el Estado realice una no deseada intervención sobre su vida. Pero cuando se afirma que la perención no es imprescindible no significa que en su ausencia no deba existir una herramienta contra la litispendencia perpetua cuando ésta es provocada por la inacción del sujeto actor. Pensemos por ejemplo en los procesos penales, en los que ante la inactividad procesal si bien no sobreviene la perención, sí

²¹⁵ Sentencia C-874-2003.

²¹⁶ Sentencia C-1186/08.

puede producirse la prescripción del delito y con ello la finalización de un proceso que amenazaba la libertad del imputado.

Del mismo modo se podrá señalar que en ordenamientos procesales civiles como el alemán no existe la perención, pero, tal cual destaca Chiovenda²¹⁷, existe en Alemania una institución conocida como *standstill* que –se agrega– funciona de la siguiente manera: el ZPO (Código Procesal Civil alemán²¹⁸) distingue los conceptos de *interrupción*, *suspensión* y *paralización* del proceso. El artículo 251° se refiere a esta última²¹⁹ y en el texto del mismo Código se establecen casos puntuales en que dicha paralización debe ser declarada por el tribunal. Así ocurre, por ejemplo, cuando existe rebeldía de ambas partes (art. 251a, numeral 3²²⁰) y cuando hay inasistencia de ambas partes a la audiencia de conciliación (art. 278 numeral 4²²¹). Entendiendo que la paralización es la cesación de la actividad procesal por causa imputable a las partes (*Stillstand des Verfahren*), el artículo 204° del BGB (Código Civil alemán) establece que: *"Si el proceso se detiene porque las partes no lo impulsan, entonces el plazo de prescripción comenzará a computarse a partir de la última actividad procesal de las partes o del tribunal. La interrupción (de la prescripción) comenzará nuevamente a regir cuando una de las partes impulse el proceso"*. Sobre este efecto el propio Goldschmidt²²² hace un escueto comentario que, ciertamente, pasa desapercibido en su obra. Así pues, el reinicio del discurrir del decurso del plazo prescriptorio interrumpido por efecto del emplazamiento que recoge el

²¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. III, Valleta Editores, Buenos Aires, 2005, pp. 232 – 233.

²¹⁸ Toda cita del ZPO que se haga estará referida a la siguiente traducción al castellano: PÉREZ RAGONE, Álvaro J y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: *"Código Procesal Civil Alemán (ZPO)"*, Fundación Konrad Adenauer Stiftubg, Montevideo, 2006.

²¹⁹ Art. 251 del ZPO: *"Paralización del proceso. El tribunal tiene que ordenar la paralización del proceso cuando ambas partes así lo solicitan y reconocen por esta vía que están en tratativas para arribar a una transacción o por otros motivos importantes y la orden de tribunal sea adecuada (...) "*.

²²⁰ *"Cuando el tribunal no pueda decidir de acuerdo con el estado actual de los expedientes, y ello no es diferido, entonces ordena la paralización del proceso"*.

²²¹ *"En caso de que las partes no comparezcan personalmente a la audiencia de conciliación, debe ordenarse la paralización del proceso"*.

²²² GOLDSCHMIDT, James: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.375.

derecho alemán nos remite inevitablemente al artículo 15º de la Odenanza de Rousillon de 1563. Su lógica es potente.

Entonces, cuando se pretende exhibir como una conquista del principio de impulso de oficio el que el sistema procesal civil alemán no tenga previsto un mecanismo como la perención, se muestra apenas una parte de la realidad que pudiera ser engañosa. Si bien no hay perención, no se desconoce que frente a procesos paralizados el demandado pueda obtener su libertad jurídica mediante la prescripción extintiva de la situación jurídica de desventaja en la que ha sido colocado. Como se ve, la legislación alemana provee de un sustituto más o menos equivalente frente al mismo problema del antiproceto.

El caso de Italia es también bastante interesante. El Código de Procedimiento Civi de 1942 fue elaborado por una tríada irrepitible en la historia del Derecho Procesal mundial: Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei y Enrico Redenti; a quienes se sumó el Magistrado Leopoldo Conforti. Esta regulación procesal abolió la perención y la sustituyó por un equivalente al que llamó *“Extinción del proceso por inactividad”*. La denominada *“Relazione al Re”* fue el documento con el que el Ministro Guardasellos de la época, Dino Grandi, remitió el proyecto de Código de Procedimiento Civil al Rey para su promulgación (se sabe, no obstante, que el verdadero autor de la *Relazione* fue el mismo Piero Calamandrei²²³). Precisamente tal documento justifica la abolición de la perención en los siguientes términos:

“(...) aún siendo libres las partes de hacer cesar en todo momento el proceso que ellas mismas han iniciado, no se les puede consentir la libertad de prolongarlo a su placer y de reducir su ritmo hasta paralizarlo o estancarlo. El absurdo fenómeno, tolerado hasta ahora, de un procedimiento que permanecía en vida sin proceder, sin avanzar, perpetuándose de reenvío en reenvío o incluso desapareciendo de turno para

²²³ CIPRIANI, Franco: *Piero Calamandrei, la relazione al re e l’apostolato di Chovenda*, en *Ideologie e Modelli del Processo Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoli, 1997, pp. 57 – 74.

seguir viviendo letárgicamente en la vacancia asegurada por los generosos términos de la perención, no será ya concebible bajo el imperio del nuevo código (...).²²⁴

Calamandrei, ya bajo su firma, fustigó a la perención al sostener que:

“(...) bastaba que en último día del tercer año una de las partes realizase un acto de procedimiento, para que con éste la supervivencia del proceso quedara asegurada por otros tres años, durante los cuales las partes podían limitarse de nuevo a dejarlo dormir tranquilamente”²²⁵.

El equivalente de la perención que consideró el Código italiano de 1942 consistía en que cada acto procesal confiado a las partes tenía un plazo para que sea verificado, vencido el cual y de no haberse realizado, el proceso se extinguía. Pero al parecer en este punto el Código acaso fue demasiado riguroso, y eso explicaría que Satta considerara que bajo esa regulación “... el proceso estaba destinado a extinguirse en todo momento, desde su nacimiento”²²⁶, razón por la que la norma fue objeto de diversas modificaciones hasta llegar a la actual redacción, enunciada en los siguientes términos:

“Art. 307. Extinción del proceso por la inactividad de las partes²²⁷

²²⁴ *Relación al Re*, en: REDENTI, Enrico: *Derecho Procesal Civil*, T. III, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1957, p. 213.

²²⁵ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1986, p. 400.

²²⁶ SATTA, Salvatore: ob. cit. p. 380.

²²⁷ La cita corresponde a una traducción libre. El texto original reza:

“Estinzione del processo per inattività delle parti

Se dopo la notificazione della citazione nessuna delle parti siasi costituita entro il termine stabilito dall'articolo 166, ovvero, se, dopo la costituzione delle stesse, il giudice, nei casi previsti dalla legge, abbia ordinata la cancellazione della causa dal ruolo, il processo, salvo il disposto dell'art. 181 e dell'articolo 290, deve essere riassunto davanti allo stesso giudice nel termine perentorio di tre mesi, che decorre rispettivamente dalla scadenza del termine per la costituzione del convenuto a norma dell'articolo 166, o dalla data del provvedimento di cancellazione; altrimenti il processo si estingue.

Il processo, una volta riassunto a norma del precedente comma, si estingue se nessuna delle parti siasi costituita, ovvero se nei casi previsti dalla legge il giudice ordini la cancellazione della causa dal ruolo.

Oltre che nei casi previsti dai commi precedenti, e salvo diverse disposizioni di legge, il processo si

Si después de la notificación de la citación ninguna de las partes se ha constituido dentro del plazo establecido en el artículo 166²²⁸, o, si, después de su constitución, el juez, en los casos previstos por la ley, ha ordenado la baja del expediente de la relación de acuerdo con el art. 181²²⁹ y el artículo 290²³⁰, éste se debe reactivar ante el mismo juez en un plazo de tres meses, contados, respectivamente, desde la fecha del vencimiento del plazo para la constitución de la parte demandada, de conformidad con el artículo 166, o desde la fecha de la resolución que ordenó la baja del expediente de la relación; de lo contrario el proceso se tendrá por concluido.

estingue altresì qualora le parti alle quali spetta di rinnovare la citazione, o di proseguire, riassumere o integrare il giudizio, non vi abbiano provveduto entro il termine perentorio stabilito dalla legge, o dal giudice che dalla legge sia autorizzato a fissarlo. Quando la legge autorizza il giudice a fissare il termine, questo non può essere inferiore ad un mese nè superiore a tre. L'estinzione opera di diritto ed è dichiarata, anche d'ufficio, con ordinanza del giudice istruttore ovvero con sentenza del collegio”.

²²⁸ En principio el plazo es de veinte día antes de la audiencia de comparecencia. Este plazo varía según el tipo de procedimiento.

²²⁹ “**Art. 181. Mancata comparizione delle parti**

Se nessuna delle parti compare alla prima udienza, il giudice fissa un'udienza successiva, di cui il cancelliere dà comunicazione alle parti costituite. Se nessuna delle parti compare alla nuova udienza, il giudice ordina che la causa sia cancellata dal ruolo e dichiara l'estinzione del processo.

Se l'attore costituito non compare alla prima udienza, e il convenuto non chiede che si proceda in assenza di lui, il giudice fissa una nuova udienza, della quale il cancelliere dà comunicazione all'attore. Se questi non compare alla nuova udienza, il giudice, se il convenuto non chiede che si proceda in assenza di lui, ordina che la causa sia cancellata dal ruolo e dichiara l'estinzione del processo”.

Traducción libre:

“**Art. 181. Frustración de la comparecencia de las partes**

Si ninguna de las partes compareciera a la primera audiencia, el juez fijará una nueva audiencia, de la cual el secretario notificará a las partes constituidas. Si ninguna de las partes comparece a la nueva audiencia, el juez ordena que el expediente sea dado de baja de la relación y declara la extinción del proceso.

Si el actor constituido no compareciera a la primera audiencia, y el demandado no aceptara que se proceda en su ausencia, el juez fija una nueva audiencia, la que el secretario notificará al actor. Si este no compareciera a la nueva audiencia, y si el demandado no aceptara que se proceda en su ausencia, el juez ordena que la causa sea cancelada de la relación y declara la extinción del proceso”.

^{**230} “**Art. 290. Contumacia dell'attore**

Nel dichiarare la contumacia dell'attore a norma dell'articolo 171 ultimo comma, il giudice istruttore, se il convenuto ne fa richiesta, ordina che sia proseguito il giudizio e dà le disposizioni previste nell'articolo 187, altrimenti dispone che la causa sia cancellata dal ruolo, e il processo si estingue.

Traducción libre:

“**Art. 290. Rebeldía del demandante**

*Declarada la rebeldía del demandante conforme al último párrafo del artículo 171, si el demandado no solicita la prosecución del proceso, el juez instructor ordena que el proceso continúe conforme a lo previsto en el artículo 187(**), o dispone que el expediente sea cancelado de la relación y el proceso se extingue”.*

(**) El artículo 187 aludido permite que el juez instructor eleve la causa al colegiado cuando considera que no es necesario actuar medios de prueba.

El proceso, una vez que fuera impulsado conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, concluirá si ninguna de las partes se constituye, o si en los casos previstos por la ley, el juez ordena la baja del expediente de la relación.

Además de los casos previstos en los párrafos anteriores, y salvo disposición en contrario de la ley, el proceso también se extinguirá cuando la parte a la que corresponde renovar la citación, o continuar, reasumir o integrar el proceso, no lo hace dentro del plazo establecido por la ley, o por el juez autorizado por la ley. Cuando la ley autoriza a que el juez fije un plazo, éste no puede ser inferior a un mes ni mayor de tres.

La extinción opera de pleno derecho y se declara de oficio, por orden del juez instructor o resolución del colegiado”.

A los fines de una cabal comprensión de lo que dispone la regulación italiana, debe considerarse que en el proceso civil italiano ordinario, la demanda es notificada al demandado sin la participación del juez, mediante diligencia llevada a cabo por el actor con auxilio de un funcionario judicial. Luego de esta notificación el expediente pasa a ser incluido en una *relación* o *listado* del juzgado y las partes tienen un plazo para *constituirse* formalmente ante el juez. Así cobra sentido el que en algunos casos el expediente sea “*dado de baja*” de la *relación*, lo que implica algo así como un archivo provisional, salvo que la propia norma establezca que a dicho archivo sobrevenga la extinción del proceso.

Si bien en un principio se intentó sustituir a la perención por esta nueva institución denominada *conclusión del proceso por inactividad de las partes*, al final lo que resultó fue el retorno de la propia perención y, adicionalmente a ella, otras hipótesis establecidas en calidad de *númerus clausus* que en idioma carnелuttiano calificarían como *deserción*²³¹ y que por lo demás se muestran como algo muy familiar²³².

²³¹ “Es oportuno hablar de deserción y no de perención, cuando la inactividad de la parte atañe a un acto cuyo tiempo se regula, no mediante la fijación de un plazo aceleratorio, sino mediante la de un día (...) en el cual debe realizarse dicho acto”. (CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del Proceso Civil*, vol. II, Librería “El Foro”, Buenos Aires, 1997, p.175).

²³² Es el caso de la disposición final del artículo 203º, en la que se establece que si ninguna de las partes concurre a la audiencia de pruebas, el proceso se extingue.

Debe destacarse además que en el caso italiano la extinción del proceso por inactividad no deja sin efecto la interrupción del decurso del plazo de prescripción de la situación jurídica de ventaja del actor, por lo que si bien restituye al demandado su libertad jurídica, lo deja a mitad de camino pues queda sometido, sin poder evitarlo, al antojo del demandante de reiniciar el proceso, interrumpiendo los nuevos plazos prescriptorios, tantas veces como le plazca. De este modo en Italia las situaciones jurídicas de ventaja son fácilmente imprescriptibles y eso es un error muy grave del que se ha dicho que reduce la extinción a “... un remedio en gran parte inútil”²³³.

Entonces alguien podría decir que la perención -o un equivalente eficaz- no es necesaria en países del common law, idea por lo demás bastante difundida, pero falsa. Para demostrar lo afirmado se citarán dos ordenamientos procesales de los Estados Unidos de Norteamérica: la *Florida Rules of Civil Procedure* y el *California Code of Civil Procedure*. El primero de ellos tiene como fuente la jurisprudencia y el segundo la ley.

La regla 1-420 de las Florida Rules of Civil Procedure contiene la siguiente disposición:

“REGLA 1.420. DESESTIMACION DE ACCIONES

(e) Falta de impulso procesal. *En todas las acciones en las cuales los registros indiquen que no existe actividad en la presentación de peticiones, disposiciones del juzgado, o algún otro por un período de 10 meses, y no existe resolución que establezca que la acción ha sido resuelta ni estipulación de sobreseimiento aprobada por el juzgado; cualquier persona interesada, ya sea parte de la acción o no, el juzgado, o el secretario de juzgado pueden notificar a todas las partes que no existe tal actividad. Si no existe el mencionado registro de actividad en 10 meses antes de la entrega de tal notificación, y no hay registro de actividad dentro de los 60 días siguientes a la entrega de tal notificación, y no se ha emitido o aprobado un aplazamiento antes del vencimiento del período de 60 días, la acción debe ser desestimada con una moción del propio juzgado o por una petición de cualquier persona interesada o*

²³³ SATTA, Salvatore: ob. cit. p. 381.

*no en la acción, luego de una notificación razonable a las partes, salvo que una de las partes demuestre por escrito al menos 5 días antes de la audiencia de petición, un motivo justificado para que la acción deba continuar. La simple inacción por un período de menos de un año, no debe ser causa suficiente para la desestimación por falta de impulso procesal”.*²³⁴

Acá se puede advertir claramente la regulación de una perención que, con sus propias características, establece las consecuencias que puede sufrir un proceso en estado estacional por lo menos diez meses.

A su vez, el *California Code of Civil Procedure*, establece en su Sección 581 la siguiente norma:

*“El juzgado puede, con sobreseimiento de la acción mas no de la causa, desestimar la demanda en su totalidad o en cuanto al demandado, cuando cualquiera de las partes deja de comparecer en el juicio y la otra parte comparece y solicita el sobreseimiento”*²³⁵.

Como habrá de apreciarse, el Código Procesal Civil de California contiene la perención pero no se encuentra regulado expresamente el plazo en que el proceso debe permanecer inactivo para que ésta

²³⁴ Traducción libre. El texto original es como sigue:

“RULE 1.420. DISMISSAL OF ACTIONS

(e) Failure to Prosecute. *In all actions in which it appears on the face of the record that no activity by filing of pleadings, order of court, or otherwise has occurred for a period of 10 months, and no order staying the action has been issued nor stipulation for stay approved by the court, any interested person, whether a party to the action or not, the court, or the clerk of the court may serve notice to all parties that no such activity has occurred. If no such record activity has occurred within the 10 months immediately preceding the service of such notice, and no record activity occurs within the 60 days immediately following the service of such notice, and if no stay was issued or approved prior to the expiration of such 60-day period, the action shall be dismissed by the court on its own motion or on the motion of any interested person, whether a party to the action or not, after reasonable notice to the parties, unless a party shows good cause in writing at least 5 days before the hearing on the motion why the action should remain pending. Mere inaction for a period of less than 1 year shall not be sufficient cause for dismissal for failure to prosecute”.*

²³⁵ Traducción libre. El texto original es como sigue:

“The court may dismiss, without prejudice, the complaint in whole, or as to that defendant when either party fails to appear at the trial and the other party appears and asks for the dismissal”.

sobrevenga. Es de presumir que la jurisprudencia, muy a la usanza norteamericana, haya llenado este vacío.

Lo que se ha querido demostrar con este breve recorrido por diversas legislaciones de las familias del *civil law* y del *common law* es que los Derechos Procesales contemplan soluciones de diversa índole al problema de la paralización indefinida de los procesos, y en todos los casos ellas contienen formas de restituir al sujeto pretendido la libertad jurídica alterada por efectos del emplazamiento.

7. La perención en el debate Publicismo vs. Garantismo.

En los últimos años se puede apreciar en el mundo del Derecho Procesal un debate bastante reduccionista y para algunos inútil²³⁶, entre dos posiciones claramente encontradas: por un lado la llamada *publicista, inquisitiva o activista* y por el otro la denominada *privatista, adversarial, garantista o revisionista*. No vale la pena extenderse demasiado en la descripción de cada una de ellas pues sus postulados son hartos conocidos.

Pero puede decirse en términos muy amplios, que para los *publicistas, inquisitivistas o activistas*, si bien por lo general las relaciones jurídicas civiles de las que se derivan los conflictos judicializados son de interés privado en la medida que solamente involucran a los titulares de los intereses en disputa, el mecanismo que emplea la jurisdicción para darle solución, es decir el proceso, y su producto, es decir la sentencia, son de interés público, por lo que al juez (el Estado) le corresponde un rol protagónico que suele aludirse en términos de *director del proceso*. Más allá de las denominaciones, lo que a esta particular visión del proceso caracteriza es la prioridad del descubrimiento de la *verdad material*, en pos de una sentencia

²³⁶ Así, por ejemplo, para Taruffo. Véase sino, TARUFFO, Michelle: *La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil: Tradiciones culturales y tendencias teóricas*, en *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2009, pp. 335 – 364.

justa. Así, para los *publicistas, inquisitivistas o activistas* el juez debe gozar de facultades de impulso de oficio, producción de pruebas, decisión respecto de la expresión de voluntad de las partes de dar por concluido el proceso (por ejemplo, aprobar los desistimientos o allanamientos); cuando no –y esto ya se ve en las posiciones extremas– el inicio mismo del proceso o la determinación de las pretensiones. Históricamente el concepto *activista, inquisitivistas o publicista* del proceso tiene expresión, en tiempos relativamente modernos, desde el Código Procesal austríaco de 1885 debido al jurista Franz Klein. A partir de Klein surge todo un movimiento pro activismo que encontró ciertamente un campo fértil en las doctrinas políticas autoritarias que dominaron Europa en la década de 1940; es decir, en el nacionalsocialismo, el fascismo y el comunismo. El profesor Franco Cipriani, dedicó gran parte de su vida a estudiar el fenómeno²³⁷ y ya nada útil se podría agregar a dichos estudios.

El abuso del publicismo dio lugar a expresiones más propias del realismo mágico que del Derecho y eso obligó a repensar la función del Estado en el proceso. Entonces surgen voces en Italia, empezando por el propio Franco Cipriani, Giralomo Monteleone y, desde una perspectiva mucho más compleja y a través de toda una teoría política, Luigi Ferrajoli, quienes consideran que la función del juez debe ser la de solucionar el conflicto bajo el papel de un árbitro, que no es poco. En España tales voces, denominadas *privatistas, garantistas o revisionistas* y también *adversariales* han sido acogidas por Juan Montero Aroca y en Latinoamérica por Adolfo Alvarado Velloso en Argentina y Eugenia Ariano Deho en el Perú.

²³⁷ Una parte de ellos se encuentra traducida al español y reunida gracias a la profesora peruana Eugenia Ariano Deho. (CIPRIANI, Franco: *Batallas por la Justicia Civil*, Cultural Cuzco, Lima, 2003). Estudios orgánicos sobre la materia pueden encontrarse en CIPRIANI, Franco: *Storie de Processualisti e di Oligarchi*, Milano – Giuffrè Editore, Milano, 1991 y del mismo autor: *Piero Calamandrei e la Procedura Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Capoli, 2009.

Para esta corriente de opinión la función del juez debe estar limitada a aquello que las partes, grandes protagonistas del proceso, postulan. A decir de Gozaíni, esta visión del proceso:

“(...) se opone rotundamente a que el juez se entrometa en el material litigioso, en la investigación de los hechos, en la determinación de la prueba no ofrecida por las partes, en la declaración de un derecho que no tenga previa contradicción, en la inversión de las reglas procesales como la carga de la prueba”.²³⁸

En ese sentido, el juez no debe tener facultades de impulso oficioso ni de iniciativa probatoria. Alvarado Velloso, por ejemplo, llama a la *etapa probatoria “de confirmación”*²³⁹, pues el juez debe limitarse a verificar si lo alegado por las partes es o no cierto en virtud de los medios probatorios actuados por ellas mismas, de lo que puede apreciarse que la búsqueda de la verdad material no es la razón de ser del proceso. Del mismo modo, las partes tienen total disposición del proceso, por lo que su eventual terminación en fase previa a la sentencia no puede ser restringida ni controlada por el oficio. El juez del garantismo debe limitarse a ser un tercero absolutamente imparcial que decida la controversia. Los garantistas resumen su idea apuntando que corresponde al Juez el papel de decisor, pero no el de decisionista.

En un breve ensayo Joan Picó i Junoy²⁴⁰, ha señalado que el debate entre publicistas y garantistas se encuentra mal planteado pues un juez publicista no puede dejar de ser garantista y un juez garantista, para cumplir con la función que las Constituciones encomiendan a la jurisdicción, es decir, la justicia, no puede renunciar a iniciativas tendentes a dicho fin.

²³⁸ GOZAÍNI, Osvaldo A.: *Problemas actuales del derecho procesal (garantismo contra activismo judicial)*, FUNDAP, México, 2002, p. 31.

²³⁹ Así puede verse por ejemplo en ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *La Prueba Judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Editorial Universidad El Rosario, Bogotá, 2010.

²⁴⁰ PICO I JUNOY, Joan: *Il Diritto Processuale tra Garantismo ed Efficacia: un Dibattito mal Impostato*, en *Studi di Diritto Processuale Civile in Onore di Giuseppe Tarzia*, T. I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 213 – 230.

Pero sin desconocer la valía de lo dicho por Picó i Junoy, parece ser que hay que escarbar bastante más para procurarse una mejor aprehensión del asunto. En la obra del profesor yugoslavo Mirjan Damaska²⁴¹ se encuentra una perspectiva mucho más completa de la problemática y, aunque largamente excede los alcances de este trabajo, permítase esbozar en términos muy amplios qué es lo que propone para poder entender este debate entre el publicismo y el garantismo, luego de lo cual se podrá aterrizar mejor en cómo es que la perención tiene que ver –y mucho– en el tema.

Damaska parte por plantear que la jurisdicción es una manifestación del poder del Estado y como tal no puede desempeñar su papel al margen de la forma en que tal poder se encuentra estructurado. Dice: “(...) *las ideas dominantes acerca del papel del Estado informan las visiones sobre el propósito de la justicia, y esto último es pertinente para la elección de muchos arreglos de procedimiento*”²⁴². En tal virtud hay que distinguir dos tipos de Estado: uno, como los latinoamericanos, en los que se establecen determinados valores superiores y a partir de allí se desarrollan políticas conducentes a su consecución y otro en el que se proporciona un marco mínimo para que la sociedad se oriente hacia sus propios fines en una especie de autogestión de sus vidas (es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra). Mientras más se acerque el Estado al primer modelo, su administración de justicia tendrá más impulso natural hacia la intervención del juez en la consecución de los proyectos sociales estructurados desde el poder a través de la *búsqueda de la verdad* y, por ende, más activista será. Cuando más se acerque al segundo modelo la administración de justicia tenderá hacia la solución de los conflictos individuales, para lo que la *búsqueda de la verdad* puede no ser muy importante, y sin intromisión de objetivos estatales en la decisión. Como ha de apreciarse, y

²⁴¹ DAMASKA, Mirjan R.: *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2000.

²⁴² DAMASKA, Mirjan: ob. cit. p. 25.

advirtiendo que no hay un modelo “*químicamente puro*”, entre los extremos existe un sinnúmero de posibilidades que solamente pueden interpretarse a partir del análisis de caso por caso.

Siempre en el esquema de Damaska, una segunda variable es la estructura jerárquica, profesionalizada y especializada versus la estructura paritaria, de legos y no especializada. La primera corresponde a una jurisdicción conformada por una burocracia clásica marcada por niveles jerárquicos claramente diferenciados que adopta decisiones conforme a normas técnicas, mientras la segunda corresponde a una organización conformada por funcionarios preferentemente legos y de un mismo nivel de poder que adopta decisiones sin una conciencia plena de que éstas representan la expresión de una entidad distinta o superior al grupo social al que ellos mismos pertenecen. En el primer modelo se forma una especialización que genera prácticas reiteradas que hace que las soluciones no se entiendan como instituídas para un caso concreto sino para la generalidad de los casos similares. Además quienes así actúan generan un sentimiento de identidad que los distingue del grupo social y ello a su vez genera un pensamiento que conlleva a que las decisiones que se adoptan como institución sean muy distintas a las que adoptarían como individuos. Tal vez la nota más característica de este modelo es que, en tanto jerárquico, para la formación de tales decisiones está presente la idea de que serán revisadas por una instancia superior, de manera que la libertad de decidir libremente se encuentra bastante constreñida y tanto más si se considera que la calidad de la decisión por lo general está dada en función a su fidelidad hacia las normas técnicas establecidas con antelación por el legislador. En la estructura paritaria las cosas funcionan de manera totalmente opuesta: quienes ejercen jurisdicción no lo hacen como una función permanente y especializada sino apenas como algo eventual (por ejemplo en el sistema del Derecho Romano clásico o el de jurados en EEUU) y no tienen funcionarios

superiores, todo lo cual favorece la propensión a adoptar decisiones válidas solamente para un caso en particular²⁴³. No se desarrolla una identidad distinta a la del grupo social al que pertenecen, de manera que la solución a un problema no pasa necesariamente por el descubrimiento de una verdad material, sino por aquello que más conviene a la eliminación del entuerto. No hay necesariamente una orientación hacia la obtención de metas supraindividuales porque ello no se presenta como algo que deba defenderse.

La asociación de los modelos propuestos por Damaska cae por su propio peso: el Estado gestor del grupo social (al que llama *Estado activo*) está próximo a la *estructura jerarquizada* y al Estado no gestor del grupo social (al que llama *Estado reactivo*) está próximo a la *estructura paritaria*.

Por supuesto que el análisis del profesor yugoslavo no se limita a los apuntes que se han referido, sino que se interna en profundidades de interés superlativo que, ya ha sido dicho, rebasan los límites del presente trabajo; pero lo poco que se trajo a colación nos coloca frente a una realidad que parece bastante razonable, cual es que no puede pretenderse imponer un sistema procesal determinado si es que las condiciones en que está estructurado el poder del Estado no conducen hacia él; o lo que es lo mismo: si se establece un sistema procesal ajeno a la forma de organización del poder del Estado, tal imposición estará condenada al fracaso.

Por eso es que al iniciar este subtítulo se calificaba como reduccionista la posición que considera que puede plantearse una libre escogencia entre los sistemas publicista y garantista. El sistema procesal será aquel que resulte de la forma en que está estructurado y sea administrado el poder del Estado.

²⁴³ Un caso muy interesante es el del conocido ex deportista norteamericano O. J. Simpson, acusado de matar a su ex – esposa y al amante de ésta. Por este mismo hecho Simpson fue declarado inocente en sede penal y culpable en sede civil sin que el sistema implosionara, como habría ocurrido en cualquier Poder Judicial latinoamericano o europeo continental del Civil Law. Al respecto, puede verse un análisis muy rico en GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis: *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*, Legis, Bogotá, 2008.

Planteadas así las cosas se debe pasar a revisar si en un sistema procesal como el nuestro, que es predominantemente publicista, la perención acaso es una institución imprescindible. Y la respuesta es evidentemente negativa por cuanto el sistema no colapsaría si el legislador expulsara a la perención mediante una norma que incluso podría constar de un solo artículo.

Pero si bien es cierto que el sistema no colapsaría, también lo es que, descartando que la simple dación de una norma pudiera cambiar la realidad de las cosas, tendríamos que el individuo sometido a una situación jurídica de desventaja se encontraría así perjudicado toda la vida, preso de un sistema ineficiente que no le ofrece salidas y coacta su libertad jurídica con una permanente amenaza del Estado de intervenir en su esfera privada. Ocurriría entonces una paradoja bastante malvada, cual es que el Estado, enarbolando la bandera de la justicia se declararía capaz de hacer llegar a la sentencia a los procesos civiles, para en la vida real perjudicar con una litispendencia perpetua al ciudadano de quien se proclama protector.

Analizando el problema desde la perspectiva formulada por Damaska se advertirá que así como no basta una ley *“liberal”* para obtener un sistema garantista, tampoco basta un Código Procesal Civil “publicístico” para consagrar un sistema inquisitivo a grado tal que la iniciativa de las partes no sea necesaria. A lo mucho podrá favorecerse una aproximación a uno de los modelos, pero jamás podrá existir un sistema procesal enfrentado al poder porque el sistema no es sino una expresión de tal poder. Es por esta razón que si bien el Código Procesal Civil es predominantemente publicístico, no ha podido desvincularse de la profunda tradición –que también es un subproducto de la organización del poder- que le precede como sucesor del Código de Procedimientos Civiles de 1912 y que a su vez estuvo inspirado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881²⁴⁴. Es

²⁴⁴ El artículo 411° de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 establecía: *“Se tendrán por abandonadas las instancias en toda clase de juicios y caducarán de derecho, aun respecto de los*

sintomático que en el caso de la perención haya sido tan grande el peso de la tradición que incluso se conservó la antigua denominación de *abandono*, usada solamente en el Perú, Chile y Ecuador hasta donde se tiene conocimiento.

Convengamos en que la jurisdicción del Estado peruano está organizada bajo una estructura de poder profundamente jerarquizada y especializada. Además convengamos en que nuestra Constitución establece valores superiores como objetivos estimables (por ejemplo, la defensa de la persona humana, la economía social de mercado, el Estado unitario, el trabajo como medio de realización de la persona, etc.). Si esto es así, acaso sería imposible tener un sistema procesal absolutamente liberal; no obstante, en la medida en que también es un valor estimable el respeto a la autonomía de la voluntad derivada de la libertad del individuo, sí que es exigible una gran cuota de liberalismo en el proceso civil peruano. Una de las formas en que éste se expresa es en la vigencia de la perención.

8. Colofón

Si en realidad existe el divino laberinto de los efectos y las causas de que hablaba Borges, ese es el proceso. En él el ser humano se encuentra absolutamente solo frente a su destino y dependerá de las cargas que active o deje de activar para ir tejiendo, poco a poco, su situación jurídica de ventaja (*o eventualmente de desventaja*), la que espera coronar en la máxima de ellas, que no es otra que la sentencia favorable.

Está muy bien que cada quien sea responsable de las consecuencias de sus actos y que deba asumirlas cuando éstas fueran

menores o incapacitados, si no se insta su curso:

Dentro de cuatro años, cuando el pleito se hallare en primera instancia.

De dos si estuviere en segunda instancia.

De uno si estuviere pendiente de recurso de casación.

Estos términos se contarán desde la última notificación que se hubiere hecho a las partes”.

desfavorables. Lo que está mal es que alguien deba soportar indefinidamente, y a veces para siempre, una situación en la que ha sido colocado por decisión de un tercero y frente a la cual nada puede hacer para impedirlo, encontrándose expuesto, por añadidura, a una no deseada intervención del Estado en su vida. Tal situación es la litispendencia, que establece límites a la libertad jurídica del individuo y que es el costo que debe pagarse a cambio del imperio del Derecho cuando se presentan conflictos jurídicos intersubjetivos. La otra opción, es decir, la barbarie de la justicia por mano propia, es indefendible.

Resignamos parte de nuestra libertad a cambio de la garantía de vivir en un mundo civilizado, es verdad; y hasta ahora no hay un camino más eficaz y menos dañino que el proceso. Sin embargo, esta concesión de libertad a la que estamos dispuestos, debe tener límites temporales cuando la persona que nos colocó en esta nada deseable situación jurídica no lo impulsa hacia su destino final, cualquiera fuera el motivo (ánimo de abandonar el proceso, negligencia o incluso dolo). No interesa saber el porqué de la dejación cuando ésta se prolonga más allá de lo razonable.

La perención es una salida a esta incómoda situación. No es la única, es verdad, pero no puede negarse que pone equilibrio al poder que tiene la gente de andar por la vida creando litispendencias con el prójimo y colocarse, al menos inicialmente, en una situación jurídica de ventaja frente a él, abriendo una puerta por la que el Estado podría penetrar en su esfera privada. Si a ello sumamos la ventaja que otorga el que la perención deje sin efecto la interrupción del decurso de plazo prescriptorio producida con el emplazamiento, se apreciará que el camino para la libertad jurídica del individuo se verá grandemente favorecido, pues es posible que concurrentemente con la perención –o en un tiempo breve después de ella- la situación jurídica de ventaja del demandante se vea extinguida por efectos de la prescripción.

Aquello que busca la perención más que un sortilegio jurídico es una cuestión de sentido común y ello explica el porqué legislaciones nacidas en familias jurídicas muy disímiles la consideren tal como es, o, al menos, contemplen una entidad equivalente.

Cuadro N° 04

Comprobación de la hipótesis principal

Los procesos civiles que no reciben impulso procesal de la parte accionante durante un plazo razonable, deben concluir.

De acuerdo a lo postulado por el principio dispositivo, los procesos civiles solamente pueden ser iniciados a instancia de parte. Cuando ello sucede es porque una persona, llamada accionante o pretensora, desea obtener una situación jurídica de ventaja procesal frente a un sujeto pretendido. Con el emplazamiento se produce una inminencia, cual es que el Estado intervenga en la esfera jurídica de este último.

Así como es lógico que los procesos civiles se inicien a instancia de parte, también lo es que el principal interesado en que éste llegue a su fin es el accionante, por lo que debe producir *instancia* (el hecho de pedir e impulsar). Cuando ello no sucede por causa imputable a éste y a ello se agrega el vencimiento de un plazo razonable, por una cuestión de equilibrio, la inminencia

de invasión de la esfera jurídica del sujeto pretendido debe cesar, restituyéndose el estado de las cosas a la existente antes de su emplazamiento.

CAPÍTULO VI

DETERMINACIÓN DEL TERCER PROBLEMA ESPECÍFICO:

¿Existe compatibilidad entre la regla de impulso de oficio y la perención en un mismo sistema procesal civil?

Sumario: 1. La aparente antinomia “impulso de oficio / perención”. La única interpretación razonable y su falencia. 2. La posición ambivalente de la jurisprudencia nacional. 3. Final.

1. La aparente antinomia “impulso de oficio / perención”. La única interpretación razonable y su falencia.

Desde una mirada aproximativa a las normas contenidas en el Código Procesal Civil peruano parecería que existe una antinomia entre, por un lado, la regla del impulso de oficio a que se refieren el artículo II de su Título Preliminar y el artículo 50 inc. 1 de su texto y, por el otro, el artículo 346 del mismo, que establece que el abandono se produce de pleno derecho cuando se verifica un plazo de cuatro meses sin que haya existido un acto de impulsión. Así, se muestra como una probable contradicción que en un sistema procesal civil en el que existe un deber del juez de impedir la paralización del proceso, pudiera en algún caso producirse el abandono, que es una institución que se debe precisamente al fenómeno de la paralización procesal.

Véanse sino lo que disponen las normas citadas:

Artículo II.- Principios de Dirección e Impulso del proceso.-

La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.

Artículo 50.- Deberes.-

Son deberes de los Jueces en el proceso:

1. *Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal.*
(...).

Artículo 346.- Abandono del proceso.-

Cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, el juez declarará su abandono de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado.

(...).

Frente a esta situación, se presentan tres posibles interpretaciones que permitirían compatibilizar el impulso de oficio con la perención; dos de ellas que no pueden ser de recibo y una sola es válida:

- i. Una primera interpretación puede llevar a la conclusión de que el abandono solamente puede ser declarado en los procedimientos cuya instancia está reservada con exclusividad a las partes, como por ejemplo el de divorcio por causal, es de nulidad de matrimonio o el de responsabilidad civil de los jueces.
- ii. Una segunda interpretación indicaría que el abandono procederá siempre que el juez haya emplazado a las partes a

llevar a cabo un acto de impulsión, bajo el apercibimiento precisamente de declararlo.

- iii. Una tercera interpretación apuntaría que el abandono procede cuando la paralización procesal se produce como consecuencia de la dejación de actos que únicamente pueden ser cumplidos por las partes y en ningún caso por el juez.

La primera interpretación, si se quiere la más *purista* de todas, en tanto limita la perención a los pocos procedimientos que solo pueden ser impulsados a instancia de parte, no se consiera válida porque tal restricción hubiera tenido que establecerse mediante norma expresa, bajo una fórmula muy sencilla tal como ***“El abandono se producirá en los procesos que, según las disposiciones del presente Código, solo pueden ser impulsados por las partes”***. Por lo demás, la ubicación sistemática de la institución en la Sección Tercera del Código Procesal Civil (*Actividad procesal*), Título XI (*Formas especiales de conclusión del proceso*) hace ver que estas reglas no estaban destinadas a regular unos pocos procedimientos civiles, sino a la generalidad de ellos.

La segunda interpretación, que postula que, verificado el plazo de cuatro meses sin impulso procesal el juez debe requerir a las partes a que insten, bajo apercibimiento de declarar la perención, no parece ser la más adecuada, pues establece una suerte de deber del oficio que para existir requeriría de norma expresa²⁴⁵.

²⁴⁵ En apoyo de esta afirmación se trae a colación la norma 25-1-104 de las Reglas del Procedimiento Civil del Estado de Montana (EEUU), que expresamente señala lo siguiente: ***“Falta de persecución: culminación por iniciativa del tribunal.*** *En una acción ante tribunal de distrito en la que aparezca en el registro que no se ha producido actividad mediante la presentación de alegatos, órdenes del tribunal, o de otra manera, durante un período de 2 años sin que haya habido una suspensión aprobada por el tribunal, éste, o en defecto, el secretario del tribunal notificará con la falta de actividad a cada parte en la última dirección conocida. Si no se produce un alegato, una orden u otra actividad dentro del período de 60 días posterior a la notificación, o si no se admite un pedido de suspensión, el tribunal deberá, de oficio y sin otra notificación o audiencia, desestimar la acción sin*

La tercera interpretación es la que se presenta como la más aceptable en la medida que permite mantener la coherencia del sistema procesal civil en lo que a este aspecto se refiere. Sin embargo, como se verá a continuación, la mentada coherencia implica un costo que está representado por la casi inaplicación del abandono.

Esta interpretación parte por reconocer que en la generalidad de los casos el proceso puede ser impulsado de oficio hasta la sentencia, pero acaecen, en algunos otros, ciertas necesidades de actuación que las partes y solo ellas pueden verificar, sin las cuales el proceso no puede progresar en ese ni en ningún otro modo o forma. Por ejemplo, si el juez requiere que para notificarse a algún demandado el demandante informe de su domicilio²⁴⁶; o si es necesario el pago de alguna tasa judicial para que el proceso sea impulsado²⁴⁷; o cuando no se realiza algún acto procesal que sólo puede ser instado por la parte interesada, como lo constituye el nombramiento de curador procesal a que se refiere el art. 61 del Código Procesal Civil²⁴⁸.

*perjudicarla". (Traducción libre de: "**Failure to prosecute -- dismissal on initiative of court.** In a district court action in which it appears on the face of the record that activity by filing of pleadings, order of court, or otherwise has not occurred for a period of 2 years and no stay has been issued or approved by the court, the court or, if the court does not act, the clerk of court shall serve notice of lack of prosecution to each party at the party's last-known address. If a pleading, order, or other activity does not occur within the 60-day period following the service of the notice and if a stay is not issued or approved during the 60-day period, the court shall, on its own motion and without further notice or hearing, dismiss the action without prejudice).*

²⁴⁶ Casación N° 477-2011-LIMA: (...) *QUINTO.- Efectivamente, de la revisión del expediente no se observa, que la parte demandante haya cumplido con absolver el traslado de la devolución de cédula de notificación efectuada mediante resolución número cinco. Siendo esto así, se concluye que la parte demandante ha incurrido en abandono del proceso, puesto que el presente proceso ha estado paralizado por más de cuatro meses, (...).*

²⁴⁷ Casación N° 940-2015-LIMA: (...) *SÉTIMO.- Que, en el caso de autos, se advierte que desde la notificación de la Resolución número once que obra a fojas novecientos noventa y nueve, notificada al demandante con fecha siete de febrero de dos mil trece, donde se ordenó que el demandante cumpla con el pago de la tasa judicial por exhorto al extranjero y la tasa consular respectiva, a efectos de diligenciar el exhorto hasta la emisión de la resolución de fecha veintiséis de julio de dos mil trece, que declara el abandono del proceso, en el presente proceso ha transcurrido más de cuatro meses sin impulso procesal.*

²⁴⁸ "**Art. 61.- Curadoría procesal:** El curador procesal es un Abogado nombrado por el Juez a pedido de interesado (...)"

A este respecto, la Casación N° 4135-2012-PIURA estableció que: *El artículo II del Título Preliminar prevé que se exceptúa del impulso de oficio a los casos expresamente señalados, encontrándose por tanto contenido dentro de este dispositivo el nombramiento de Curador Procesal, conforme lo determina el artículo 61 del Código Procesal Civil, y en este caso a su subrogación; pues de no ser*

Cuando se trata de actos que corresponden exclusivamente a las partes, pero su incumplimiento, desde una visión inquisitiva, no impiden que el proceso progrese de otro modo, no nos encontraríamos frente a un caso de un probable abandono. Así por ejemplo, es claro que el no pago de los honorarios de los peritos no puede ser suplido por el juez, mas puede éste requerirlo y disponer la prescindencia de la prueba en caso de inobservancia, impidiendo que el proceso se paralice por este motivo.

Entonces esta tercera interpretación es la que permite sostener la coexistencia en un mismo sistema procesal civil del deber de impulso de oficio y el abandono sin que se verifique una antinomia. Sin embargo adviértase que tal perspectiva deja al abandono un campo demasiado limitado, volviéndolo una institución casi inaplicable, ya que casi siempre habrá algo que pueda hacer el juez para evitarlo y que además le es exigible de acuerdo a la regla del impulso de oficio. La pregunta es, *¿acaso es esto lo más conveniente desde el punto de vista de la libertad jurídica del individuo demandado?*, y acá no se puede si no dar una respuesta negativa.

Porque si se tiene presente que en la generalidad de los casos el abandono no procederá por cuanto el juez debe adoptar las medidas necesarias para que el proceso no se paralice, tendremos que la libertad jurídica del sujeto demandado, amenazada por la litispendencia y la interrupción de la prescripción extintiva derivada del emplazamiento, no será *strictu sensu* una circunstancia imputable al actor si no más bien al oficio. De esta manera, el sujeto terminará siendo perjudicado por el juez aún cuando el actor pueda haber perdido interés en la prosecución del proceso. Dicho de otro modo, el verdadero litigio será entre el juez y el demandado y ya no entre demandante y demandado. Y esto evidencia que algo anda mal.

así, no solo se vulneraría la norma antes indicada, sino también lo dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

2. La posición ambivalente de la jurisprudencia nacional.

Como ya se ha indicado, la única interpretación que permite compatibilizar el deber de impulso de oficio con el abandono, es que éste solo puede producirse cuando el proceso se encuentra detenido y no puede ser impulsado en ningún sentido sin un determinado acto de parte. La consecuencia a la que esta única interpretación posible nos lleva es que el abandono constituye una institución de muy rara verificación en los hechos.

La jurisprudencia de la Corte Suprema no es pacífica sobre el tema²⁴⁹, pues en algunos casos coincide en que hay que buscar si en efecto el juez no podía hacer progresar el proceso en lugar de declarar el abandono, mientras en otros el análisis no es tan rígido y deja a la institución un espacio más amplio que el que la única interpretación coherente del Código Procesal Civil le reserva. Así por ejemplo, la Casación N° 2422-2013-JUNÍN, estableció lo siguiente:

“(…)

SEXTO.- Que antes de ingresar al análisis de la infracción cabe precisar que **en el derecho procesal civil se reconocen mayoritariamente dos sistemas procesales: i) el dispositivo, acusatorio o garantista (dominio del proceso por las partes), y ii) inquisitivo, judicial o decisionista (dominio del proceso por el órgano jurisdiccional). Sin embargo, tenemos que el derecho procesal civil peruano presenta un carácter o naturaleza dual o mixta. Dentro de este sistema dual para que opere la institución jurídica procesal del abandono, medio procesal a través del cual se extingue un proceso, se debe verificar los presupuestos contemplados en el artículo 346 del Código Procesal Civil, esto es: a) la existencia de una instancia, de decir tiene que haberse dado inicio al proceso, b) la inactividad procesal que implica la ausencia de actos que permite el desarrollo del proceso o falta de impulso procesal, señalado por el maestro Eduardo J. Couture, que**

²⁴⁹ Debe tenerse presente que un gran porcentaje de la jurisprudencia de la Corte Suprema recogida en el sistema en línea del Poder Judicial, en materia de abandono se pronuncia sobre los casos en los que éste es indiscutible, como cuando la parte actora no cumple con señalar el domicilio del demandado o incumple con el pago de alguna tasa.

explica: “se denomina impulso procesal al fenómeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo”, y c) el transcurso del plazo legal de abandono, que en el presente caso es de cuatro meses. Lo que realmente sanciona el abandono es la negligencia manifiesta del litigante que con su inactividad deja paralizado el proceso.

SETIMO.- Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 350 inciso 5 del Código Procesal Civil, no hay abandono cuando los procesos se encuentran pendientes de una resolución y la demora en dictarla fuera imputable al Juez; **es decir, que la inactividad procesal no depende de las partes sino del Juez que tiene la potestad de impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia en aplicación de los principios de dirección e impulso del proceso; que el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil señala textualmente en su parte in fine: “(...) El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia (...).**

OCTAVO.- Procediendo al análisis de la infracción contenida en los ítems 1, 2, 3, 6 de los fundamentos del recurso de casación de la presente resolución, se advierte que todos los agravios contenidos en los referidos ítems inciden en determinar si se procedió correctamente a declarar el abandono del proceso; la Sala de Mérito arriba a la conclusión que el actor no había realizado ninguna actuación procesal que impulse el trámite del proceso, por más de cuatro meses, por lo que ha operado el abandono; **al respecto no se ha tomado en cuenta que si bien la figura del abandono importa la inactividad procesal, su declaración no puede obviar la obligación del juzgador en su condición de director del proceso, de impulsarlo aún sin necesidad de que la otra parte lo solicite y cuando el estado mismo corresponda; ello en razón no solo de la obligación contenida en el artículo 50 del Código Procesal Civil sino también por el carácter imperativo de las normas legales que lo regulan, tal como lo prescribe el artículo II del Título Preliminar, en concordancia con el artículo 350 inciso 5 del acotado código (...).** (Énfasis agregado)

Como puede apreciarse, la jurisprudencia citada recoge plenamente la interpretación que ha sido propuesta como la única admisible para preservar la coherencia del sistema frente a una presunta antinomia

entre el deber de impulso de oficio y el abandono, cual es que éste solo procede si el juez se encuentra impedido de impulsar el proceso por sí mismo.

En esa misma línea tenemos a la Casación N° 359-2015-ICA, que en su parte pertinente expresa lo siguiente:

“(…)

Cuarto.- (...) este Supremo Tribunal considera que (en) el caso sub litis, no procedía declarar el abandono del proceso, en la medida que si bien se verifica que desde la emisión de la Resolución número Nueve de fecha catorce de junio de dos mil once, no se realizó acto procesal alguno que impulse la causa, también lo es que, el tres de noviembre de dos mil once, con posterioridad a la emisión de la resolución número Nueve y antes de declararse el abandono procesal, el Juzgador efectuó el saneamiento del proceso; por lo que, encontrándose en dicha etapa procesal, el A quo debió observar la establecido en el artículo 468° del Código Procesal Civil, el cual precisa que expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercer día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos, y vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes, el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios”.

En este fallo, la Corte Suprema asume la posición de que luego del saneamiento del proceso, el juez debe impulsarlo de oficio y, frente al silencio de los litigantes respecto de sus propuestas de determinación de los puntos controvertidos, debió éste hacerlo, por lo que la declaratoria de perención fue errada.

Idéntica posición encontramos en la Casación N° 5175-2011-CUSCO, que estableció lo siguiente:

“(…)

OCTAVO: Que, el artículo II del título preliminar del Código Adjetivo, recoge el principio de impulso procesal, que establece que el juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia, exceptuando del impulso de oficio los casos expresamente señalados por ley.

NOVENO: Que, aún cuando el juzgador puso en conocimiento de los honorarios fijados por el curador procesal en el proceso, no implica que sea la parte la que finalmente determine el quantum a fijarse, toda vez, que es una facultad que la ley concede al juez como director del proceso; en tal sentido, **al no haberse absuelto el traslado, correspondía al juez dictar la resolución correspondiente en procura de la prosecución del proceso, por tanto, existía una actuación pendiente imputable a su parte.**

DÉCIMO: Que, el artículo 350 inciso 5 del Código Procesal Civil, prevé taxativamente, que no procede el abandono “en los casos que se encuentran pendiente de una resolución y la demora en dictarla fuera imputable al juez ...”, situación que se produjo en el presente caso, pues la situación de honorarios del curador procesal, solo puede fijarlo el juez de la causa y no los justiciables, por tanto, independientemente que la parte no haya cumplido con el mandato del juez, éste debió tomar las medidas necesarias con tal fin”. (Énfasis agregado).

Se

Pero en vista de lo excesivamente restrictivo del criterio arriba enunciado, la jurisprudencia ha hecho uso de una creativa aplicación del principio dispositivo o de iniciativa de parte²⁵⁰ a fin de extender la aplicación del abandono. Se deja constancia, no obstante, de que si bien es saludable que el abandono no sea limitado a casos excepcionales, su extensión por la vía de esta interpretación resulta bastante forzada, pues el Código Procesal Civil recoge el aludido principio solamente en su manifestación de “libertad de demanda”, es decir, aquella que postula que los procesos civiles se promueven, inician o generan por acto de parte y jamás de oficio. Veamos a continuación un claro ejemplo constituido por lo resuelto en la Casación N° 1066-2007-AREQUIPA:

“ (...)

Segundo.- Que, nuestro texto procesal vigente regula, en el artículo cuarto de su Título Preliminar, el principio dispositivo o de iniciativa de parte, según el cual el proceso se promueve

²⁵⁰ Según Liebman, “La iniciativa del proceso corresponde a la parte interesada (o, en vía excepcional, al ministerio público), porque el juez no procede de oficio y no toma en examen una controversia si no lo pide el interesado. Esta iniciativa, que se ejercita proponiendo en las debidas formas la demanda en juicio, representa, pues, para la parte ante todo una carga, el acto necesario para dar inicio a un procedimiento mediante el cual cuenta con obtener la protección de su derecho”. (LIEBMAN, Enrico Tullio: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1980, p. 109.).

solo a instancia de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. **Este principio no debe ser interpretado circunscribiendo sus alcances únicamente a la facultad que asiste al interesado de iniciar un proceso, interponiendo la demanda respectiva, toda vez que su correcta interpretación abarca un espectro más amplio que involucra la participación activa del demandante y del demandado durante todo el desarrollo del proceso, en procura de que el mismo alcance sus finalidades (...).**

Tercero.- Que en ese sentido, cuando el artículo segundo del título preliminar del acotado Código Procesal refiere que solo se exceptúan del impulso de oficio los casos expresamente señalados en la ley, como por ejemplo sucede en los procesos por divorcio, nulidad de matrimonio y responsabilidad civil, **ello no significa que en los demás casos las demás partes no deban tener ninguna participación activa, pues aquellas les está concediendo el derecho, el deber y, en su caso, la carga de impulsar el proceso, procurando su avance no solo de una etapa procesal a otra sino también de una instancia a otra, de ser el caso; por ello cuando las partes no activan o prosiguen con el trámite del proceso, paralizado por un tiempo prolongado, es porque debe presumirse que no tiene ya interés en su prosecución y determinación.**

(...)

Sexto.- Que, el artículo cuatrocientos cincuentiocho del Código Procesal Civil dispone que, si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado no lo hace, se le declarara rebelde; como puede advertirse, **dicha norma no establece expresamente que el Juez deba declarar la rebeldía de oficio sino que se limita a señalar un presupuesto para la declaración de rebeldía, como es la falta de contestación de la demanda. La verificación del estado del proceso para la declaración de rebeldía no puede ser imputada únicamente al Juez, sino que corresponde ser incoado también a la parte interesada, a cuyo merito e interés se ha iniciado y viene tramitando la causa para dar solución a sus pretensiones; en consecuencia, junto al deber de impulso oficial corre el deber de impulso a instancia de las partes y particularmente en este ultimo la carga procesal del demandante de impulsar la evolución del proceso a través de sus diversas y sucesivas etapas; siendo esto así, no corresponde aplicar lo dispuesto en el inciso quinto del artículo trescientos cincuenta del Código Procesal citado, desde que el A quem no le puede ser imputada la falta de expedición de la resolución que declare la rebeldía, pues correspondía a la parte**

interesada coadyuvar en la preclusión de las etapas procesales.” (Énfasis agregado).

Cabe mencionar que en el caso materia de la casación referida, el proceso se encontraba pendiente de que se declare la rebeldía de uno de los emplazados y luego de ello señalarse fecha para la realización de la audiencia de conciliación y saneamiento, lo que no fue instado por las partes. Como se verá, si la línea jurisprudencial hubiera hecho parte del criterio de las casaciones anteriormente citadas, el resultado hubiera sido que se ampare el recurso pues el juez, *motu proprio*, debió declarar la rebeldía y convocar a audiencia; no obstante ello no sucedió en este caso.

3. Final

Solo interpretando que el abandono del proceso se configura cuando el impulso de oficio es inviable por existir un acto de parte inejecutado, se habrá logrado encontrar compatibilidad entre ambas instituciones (abandono e impulso de oficio). Cualquier otra interpretación determinará la existencia de una antinomia que, por definición, no es deseable en ningún sistema legal, y el procesal es uno de ellos.

Ahora bien, como ya se ha mencionado, esta única interpretación posible deja al abandono muy poco campo de acción, pues en la generalidad de los casos los procesos pueden progresar, desde la demanda hasta la sentencia, por obra del impulso de oficio. Es claro, sin embargo, que en la práctica dicho impulso no se dará pues los jueces no suelen prestar demasiada atención a los procesos que nadie promueve, ya que deben destinar su tiempo y otros limitados recursos a aquellos en los que existe una auténtica lucha por el derecho.

Urge entonces una modificación legislativa que permita que todo aquello que la figura de la perención conlleva, es decir, la defensa de

la libertad jurídica del sujeto demandado, pueda verificarse en los hechos. Y la única manera de hacerlo es retornar a la realidad de los procesos civiles dispositivos que como tales, solamente deben evolucionar a instancia de la parte interesada, desechando el deber de impulso de oficio que apenas si ha conseguido deslegitimar la figura del juez, haciendo reposar sobre sus hombros una responsabilidad imposible de cumplir como lo es impulsar por propia iniciativa, de principio a fin, los procesos a su cargo.

Cuadro Nº 05

Comprobación de la cuarta hipótesis específica

La coexistencia del deber de impulso de oficio y la perención en un mismo sistema procesal civil no constituye antinomia.

La única interpretación razonable que permite compatibilizar el deber de impulso de oficio con la perención es aquella que indica que ésta solo puede producirse cuando es imposible que el juez lo impulse en algún sentido hasta que la parte cumpla con verificar determinado acto procesal.

No obstante, la interpretación que antecede deja a la perención como una figura absolutamente residual y de muy poca probabilidad de producirse, lo que atenta contra la razón de ser de la institución, que

es la protección de la libertad jurídica del demandado.

CAPÍTULO VII

DETERMINACIÓN SEGUNDO PROBLEMA PRINCIPAL:

¿Se justifican las consecuencias de la perención previstas en el artículo 351 del Código Procesal Civil peruano, es decir la moratoria durante un año ante la primera perención y la extinción del derecho pretendido ante la segunda?

1. Una revisión histórica. 1.1. La perención en la primera regulación procesal civil nativa. 1.2. La perención en el Código de Procedimientos Civiles de 1912. 2. La perención en el Código Procesal Civil de 1993. 2.1. Marco general. 2.2. La influencia del Código de Procedimiento Civil colombiano de 1970. 3. La moratoria. 4. La extinción del derecho pretendido. 5. ¿De oficio o a pedido de parte? 6. Revisando las causales de improcedencia del abandono. 7. El futuro de la perención en el Perú.

1. Una revisión histórica.

1.1. La perención en la primera regulación procesal civil nativa.

La Constitución peruana de 1834 estableció en su undécima disposición transitoria que *“En la apertura de cada sesión anual presentará al Congreso la Corte Suprema el proyecto de uno de los Códigos de la Legislación, principiando por el civil”*. Atendiendo a tal encargo, don Manuel Lorenzo de Vidaurre elaboró unos proyectos de Códigos que nunca llegaron a obtener consagración legislativa debido a los devaneos políticos de aquellas épocas, principalmente atribuibles a Bolívar y de quien Julián Guillermo Romero señala que

“... quizo (sic.) también hacer entre nosotros, lo que Justiniano en Roma, Alfonso el Sabio en España, o Bonaparte en Francia, y aunque no podía parecerse a ninguno de ellos, ambicionando el título de legislador, que nada podía darle, odenó el primero de Noviembre de 1836, que rigiera para el Estado Nor Peruano el código de Bolivia ...”²⁵¹.

Al respecto, y refiriéndose a las controversias jurídicas civiles, con algo de cinismo había proclamado Bolívar que *“... se creará indemnizado de todas las privaciones y sacrificios que le cuesta nuestra ventura, cuando los magistrados hallen en la nueva ley el medio suave y recto para terminar con prontitud y equidad los conflictos en que se encuentren los derechos recíprocos de los interesados”²⁵²*. Poco creíble la frase ésta, considerando que Bolívar dividió al Perú e incluso trató de atomizarlo.

Una vez superados los embates propios de los tironeos del poder, en 1845 se creó por ley de la República una comisión encargada de elaborar los proyectos de Código Civil y de Procedimiento Civil (llamado *de Enjuiciamientos*, según el modelo castellano), la que al cabo de aproximadamente un año dio por concluido el encargo. Sin embargo no sería sino hasta el 28 de julio de 1852 que ambos Códigos, cuyos textos no quedaron exentos de diversas modificaciones en el camino, entraron en vigencia.

En materia de perención, denominada formalmente *abandono*, el Código de Enjuiciamientos de 1852 reprodujo el trienio justiniano para los procesos en primera instancia y fijó en un año el plazo de inactividad procesal para los procesos en segunda y tercera instancia. Se estableció de esta forma dos tipos de perención (*abandono*): del proceso y de los recursos.

²⁵¹ ROMERO, Julián Guillermo: *Estudios de Legislación Procesal*, T. I, Tip. de “El Lucero”, Lima, 1914, pp. IX – X.

²⁵² ROMERO, Julián Guillermo: ob. cit. p. X.

El artículo 515° del Código de Enjuiciamientos contiene una norma expuesta en términos de destacable estética. Dice:

“Art. 515°.- La persona que ha interpuesto un recurso, o promovido una instancia, se separa de sostenerla, expresamente por el desistimiento, o tácitamente por el abandono”

Es de verse que el legislador de la época emparentó el desistimiento y la perención con esta fórmula muy simple y, se reitera, muy bella y de gran contenido, en la idea de que la segunda era, para la ley, una forma tácita de expresar el deseo del actor de apartarse del proceso. En cierto sentido nada diferente del desistimiento tácito de algunas legislaciones actuales como la colombiana. Así pues la perención en aquella época respondió a una concepción subjetiva de la institución.

Llama la atención la norma contenida en el 531° del Código de Enjuiciamientos de 1852, pues, refiriéndose a la interrupción del decurso del plazo de la perención, señala:

“Estos términos se interrumpen por las mismas causas que se interrumpe la prescripción, según el código civil”²⁵³.

De manera que vemos una asociación muy clara entre la perención y la prescripción extintiva en la idea del legislador de la época. El dato es muy interesante y no haría sino confirmar una de las antes mencionadas teorías de Allorio, que postula que la interrupción del plazo de la perención se sirvió de las similares situaciones que se producen con la prescripción extintiva. Es cierto que probablemente no era de la mejor técnica una remisión pura y simple al Código Civil,

253 En el Código Civil de 1852 las causales de interrupción de la prescripción extintiva estuvieron detalladas en el artículo 563°, que disponía lo siguiente:

“Se interrumpe la prescripción de acciones:

- 1. Si el deudor ha pagado parte de su deuda, dentro del término señalado para prescribirla;*
- 2. Si dentro del término de la prescripción ha pedido á su acreedor plazo para pagar ó ha renovado la obligación;*
- 3. Si dentro del término de la prescripción ha sido citado y emplazado en juicio;*
- 4. Si dentro del término en que se prescriben las rentas perpetuas ó los censos, se notifica al poseedor del fundo gravado la retención ó el secuestro de la renta ó del canon”.*

pero causa grata impresión que la idea que subyace en esta investigación, respecto al parentesco entre la prescripción extintiva y la perención, haya estado presente también en la primera regulación procesal civil peruana.

Por lo demás, y debe entenderse bajo la misma razonabilidad utilizada para la prescripción extintiva, el abandono no podía ser declarado de oficio por el juez. Así lo estableció el artículo 528°:

El juez no puede declarar desierto²⁵⁴ ni abandonado un recurso ó demanda, sino á solicitud de parte legítima, y constando haberse vencido el término legal”.

Ahora bien, el hecho de que el abandono requiera del pedido de parte no implicaba que su declaración fuera constitutiva. En efecto, según el texto del artículo 530° del Código de Enjuiciamientos, el abandono se producía de pleno derecho. El texto rezaba así:

“La primera instancia queda abandonada por el transcurso de tres años sin continuarla. La segunda ó tercera instancia, por el transcurso de un año, vencido estos términos no pueden renovarse o continuarse las instancias”.

En la doctrina²⁵⁵, dependiendo cuál es el ángulo de la perención que se enfoca, existen dos formas en que ésta puede producirse, cada una con dos subtipos. Si se analiza la cuestión desde cómo es que se genera, tendremos que puede ser: i) de pleno derecho (*ope legis*); y, ii) Por declaración judicial (*ope iudicis*); si en cambio se busca la fuente de la declaración de perención tendremos que ésta puede ser: i) a instancia de parte; y, ii) de oficio. Entonces se puede decir que para el Código de Enjuiciamientos la perención se producía de pleno derecho y a instancia de parte. Singularmente enrevesado este

²⁵⁴ La deserción era una institución en virtud de la cual a falta del cumplimiento de cierto requerimiento (como el pago de los costos del correo para el traslado del expediente, por ejemplo), el proceso culminaba o el recurso quedaba sin efecto. El concepto coincide con la forma de extinción a la que Guasp, de acuerdo a lo ya señalado, confiere idéntico contenido y denominación.

²⁵⁵ Así por ejemplo, EISNER, Isidoro (y otros): *Caducidad de la Instancia*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 34 – 35.

sistema en el que el abandono sólo podría declararse a instancia de parte pero, cumplido el término, no se admitían más actuaciones aún cuando tal declaración no se hubiera producido.

Un último aspecto a tener en cuenta es que el Código de Enjuiciamientos no se pronunciaba con respecto a la posibilidad de iniciar un proceso idéntico luego de sobrevenido el abandono. Debemos entender que esto era posible en virtud de lo que la doctrina en esas épocas ya había decantado con suficiente claridad.

1.2. La perención en el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Durante la invasión chilena, Patricio Lynch, general en jefe del ejército de ocupación en el Perú, expidió un decreto de fecha 06 de noviembre de 1881, en el que se determinaban reglas procesales a observar en Lima y el Callao; pero una vez retirados del país los “... *rábulas, tinterillos, corchetes y especuladores de la justicia de Chile*”²⁵⁶ las leyes peruanas volvieron a cobrar vigencia. No obstante la caótica situación en que quedó el Perú luego de la devastación hacía necesario un cambio en las principales leyes de la República y entre ellas, cómo no, la regulación procesal civil. Así es como luego de varias reformas parciales y algunos proyectos de modificación, a instancia de Luis Felipe Villarán se constituyó un comité con el objetivo de elaborar el nuevo Código de Enjuiciamiento Civil²⁵⁷. En 1908 el proyecto fue remitido al poder ejecutivo conjuntamente con otros y el 15 de diciembre de 1911, mediante Ley N° 1510 fue

²⁵⁶ ROMERO, Julián Guillermo: ob. cit. p. XVI.

²⁵⁷ La comisión codificadora estuvo constituida por los Dres. Luis Felipe Villarán, Francisco J. Eguiguren, Anselmo V. Barreto, Pedro Carlos Olaechea, Víctor Maúrtua, J. Matías Manzanilla, Manuel Vicente Villarán, Alfredo Solf y Muro y Plácido Jiménez. Actuaron como auxiliares los Dres. Francisco Urteaga y Rómulo Botto.

promulgado por el Presidente Leguía el denominado esta vez *Código de Procedimientos Civiles*, vigente a partir del 28 de julio de 1912.

En lo que a nuestra materia respecta, el artículo 269° del Código se ocupó de la perención, también bajo el *nomem iuris* de *abandono* y, de acuerdo a la opción del legislador de la época, la institución no fue definida. La norma replicó las dos formas de perención reconocidas por su antecedente y estableció lo siguiente:

*“El abandono de las instancias y recursos tiene lugar si se paralizan los juicios durante los términos siguientes:
Dos años en primera instancia;
Un año en segunda instancia;
Cinco meses para el recurso de nulidad”.*

La *deserción* a que se refería el Código de Enjuiciamientos de 1852 fue circunscrita a las hipótesis contenidas en los artículos 1120°, 1121° y 1144°²⁵⁸ del nuevo Código pues, a decir de Calle, resultaba ser algo desconocido en las demás legislaciones y además de escasísimo valor cuando hay una buena reglamentación del procedimiento en rebeldía²⁵⁹. Habría que disentir de tal opinión advirtiendo que cada una de las instituciones, abandono y deserción, respondían a lógicas distintas: la primera a la inactividad por un período de tiempo determinado y la segunda a la inactividad frente a una carga que, en ambos supuestos, podían intepretarse como una circunstancia que ameritaba el liberar jurídicamente al demandado (o

²⁵⁸ “Art. 1120.- La deserción tiene lugar, si de la certificación del administrador de correos, expedida en virtud de mandato judicial y con citación de del apelante, resulta no haber éste franqueado los autos en el término de tres días, contados desde que fueron puestos en la estafeta, ni en el tiempo transcurrido hasta el día de la certificación.

Entre la notificación al apelante y la certificación, debe mediar un día útil”

Art. 1121.- La corte declarará desierta la apelación de que está conociendo, a petición de parte y previos los trámites establecidos en el artículo anterior, si el apelante no franquea los expedientes pedidos para resolver.

Art. 1144.- La deserción del recurso de nulidad se declarará por la corte superior en el caso y con la formalidades que establece el artículo 1120”.

²⁵⁹ CALLE, Juan José: *Código de Procedimientos Civiles*, Tipografía “El Lucero”, Lima, 1912, p. 141.

al demandante, según sea el caso) de la litispendencia o de la instancia recursiva.

Otra modificación digna de relevar es la desvinculación que se hizo entre la interrupción del plazo para el abandono y el correspondiente a la prescripción extintiva. Ya habíamos visto en el acápite anterior que no era de lo más técnico regular la interrupción de ambas situaciones jurídicas con un criterio único; ello por cuanto el proceso (derecho *dinámico*) ofrece una realidad diferente al derecho privado (derecho *estático*) aunque, ciertamente, no desvinculada del todo. Calle comenta así esta variación en el criterio del legislador: *“Se ha omitido la disposición consignada en el (...) artículo 531, porque las causas de interrupción de la prescripción son, en su mayor parte, inaplicables al abandono, y en cambio, la disposición no comprende los motivos de naturaleza procesal que deteniendo la marcha de los autos impiden, sin embargo, la declaración de abandono”*²⁶⁰. En tal virtud, basta con la norma que establece que *“El término del abandono corre desde la fecha de la última diligencia practicada en el juicio”* (art. 270º) para entender con el profesor Romero que el plazo quedaba interrumpido *“... desde el día que esa diligencia se practique”*²⁶¹. Nótese que hasta este momento se hacía referencia a cualquier diligencia judicial y no a una diligencia idónea, es decir una que implique un impulso del proceso, como más adelante se establecería.

Para el Código de 1912 el abandono también se producía de pleno derecho, aunque ello tuviera que deducirse de lo establecido por el art. 272º²⁶² y no de una norma expresa. Del mismo modo, el abandono no podía ser declarado de oficio por el juez, pues el artículo 271º estipulaba que:

²⁶⁰ CALLE, Juan José: ob. cit. p. 141.

²⁶¹ ROMERO, Julián Guillermo: ob. cit. p. 458.

²⁶² *“El abandono se declarará, constando del expediente haberse vencido el término, y sin citar ni oír previamente á los interesados”*.

“El abandono no puede hacerse valer como excepción ni declararse de oficio. Corresponde solicitarlo á las partes y á cualquiera persona que tenga interés manifiesto en que el juicio termine”.

El que el abandono no pudiera alegarse como excepción respondía a una concepción bastante formalista del asunto. La intención de la norma era que si el abandono no había sido declarado expresamente por el juez, la parte no podía amparar su defensa en la verificación de los plazos y condiciones para que éste opere. Sin embargo esto era relativo, pues, como se verá más adelante, cumplido el plazo del abandono el juez estaba prohibido de admitir cualquier acto de impulsión, aunque el abandono no hubiera sido declarado.

Al igual que su antecedente, el Código de 1912 estableció que el abandono debía, necesariamente, ser alegado por las partes o por cualquier otra persona con legítimo interés. Sobre lo primero hay que llamar la atención a que la declaración de oficio del abandono no era algo desconocido en la legislación comparada ni en la doctrina de la época. El profesor Calle, por ejemplo, al comentar esta norma señalaba que el criterio de la legislación española que permitía la declaración de oficio del abandono, era demasiado radical²⁶³ y el profesor Romero, hombre versado en derecho italiano, refiere las reflexiones que al respecto formularon, entre otros, Luigi Mattiolo y Fazio Giacomo²⁶⁴, uno en contra y el otro a favor de la declaración de oficio, para coincidir con la primera posición. La razón más importante para esta conclusión es que si bien el abandono puede responder al interés social de que los procesos no se prolonguen demasiado (*abandono como política jurisdiccional*), debe primar el interés individual de los que litigan en él y esto, por supuesto, obligaba a que sean las partes quienes decidan si seguían con el proceso o no (*abandono como remedio a la litispendencia indefinida*). La lógica es impecable y más aún si, como bien hace Calle, se concuerda esta

²⁶³ CALLE, Juan José: ob. cit. p. 142.

²⁶⁴ ROMERO, Julián Guillermo: ob. cit. p. 463.

norma con el artículo 531° del Código Civil de 1852²⁶⁵ que recogía la improponibilidad de oficio de la prescripción extintiva. Otra vez el nexo justicial entre ambas instituciones.

Además de la señalada, hay otra poderosa razón por la que el abandono no podía ser declarado de oficio. Según el profesor Romero²⁶⁶, así como el demandante es negligente en no impulsar el proceso, también lo es el demandado que no lo pide; y frente a dos negligentes no habría motivo para que el juez premie a uno y sancione al otro. No es posición de esta investigación vincular a la perención con el dolo o la negligencia, sin embargo un criterio que refleja un profundo respeto por la imparcialidad del juez tiene que ser valorado.

Pero en este punto se encuentra en el Código de Procedimientos Civiles una paradoja, ya que si bien el abandono sólo podía declararse a instancia de parte, el segundo párrafo del artículo 272° establecía lo siguiente: *“En ningún caso se admitirá a trámite solicitud dirigida a continuar un procedimiento que haya caído en abandono, aún cuando no hubiera resolución que lo declare”*. Entonces, cuando el juez advertía que una de las partes impulsaba el proceso cuando ya se había producido el abandono *ope legis*, rechazaba tal acto sobre la base de que el abandono se había configurado, sin embargo no podía declararlo²⁶⁷. *¿Cómo se solucionaba este entuerto?* El juez expedía una resolución en la que desestimaba el acto de impulso advirtiéndole que las condiciones para la configuración del abandono estaban dadas, con lo que la parte interesada procedía a solicitarlo.

²⁶⁵ “Art. 531. Los jueces que no pueden fundar sus fallos o resoluciones en la prescripción, si no ha sido alegada por los litigantes”.

²⁶⁶ ROMERO, Julián Guillermo: ob. cit. p. 464.

²⁶⁷ “... opera el abandono de pleno derecho por haber transcurrido en exceso el término previsto en el artículo doscientos sesentinueve, inciso primero, del Código de Procedimientos Civiles, el Juez no debe continuar con el trámite de conformidad a lo prescrito en el artículo doscientos sesentidos, por lo que el Juez al haber continuado el trámite ha incurrido en la causal de nulidad prevista en los incisos 8° y 13° del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles”. (Ejecutoria Suprema de 20 de enero de 1978, E.J. del P. 1978, N° 1, pp. 118 – 119).

De otro lado, hay que considerar que este Código modificó sustancialmente la legitimidad para la invocación del abandono, ampliándola a favor de *“cualquiera persona que tenga interés manifiesto en que el juicio termine”*. Tal norma consagraba pues un nuevo vaso comunicante entre el abandono y la prescripción extintiva, institución esta que podía ser alegada, asimismo, por terceros con interés en la liberación del deudor de la acreencia, conforme lo establecía el artículo 529º del Código Civil de 1852²⁶⁸.

A propósito de la legitimidad para solicitar la declaración de abandono, es de apreciar que la jurisprudencia de la época había hecho una interpretación de lo más acrítica para el caso que el demandado hubiera interpuesto reconvención. Se sostuvo que, comoquiera que en el proceso se habían constituido dos actores (el demandante, en su demanda y el demandado en su reconvención), ninguno tenía legitimidad para pedir el abandono del proceso dado que ninguno podía beneficiarse de su propia negligencia²⁶⁹. Entonces los procesos en los que se hubiera interpuesto reconvención podían ser eternos. Al respecto el profesor Perla Velaochaga decía: *“De aquí que cuando en virtud de una reconvención dentro del proceso, demandante o reconvenido, demandado o reconviniente, tienen ambos la calidad de actores, no procede que alguno de ellos solicite el abandono de la instancia”*^{270 271}.

Pero las más interesantes novedades que introdujo el Código de 1912 en materia de perención fueron las siguientes: i) estableció expresamente que la declaración del abandono no impedía iniciar ulteriormente un nuevo proceso respecto de la misma situación

²⁶⁸ *“Pueden oponer la prescripción los acreedores y cualquiera que tenga interés en ella, aunque el deudor no la oponga ó la renuncie”*.

²⁶⁹ *“El demandante no puede solicitar el abandono de la instancia”*. (Ejecutoria Suprema de 03 de agosto de 1962, p 13-V-63).

²⁷⁰ PERLA VELAOCHAGA, Ernesto: *Juicio Ordinario*, EDDILI, Lima, 1987, pp. 498 – 499.

²⁷¹ La jurisprudencia citada por el autor es la siguiente: *R. de T. 931*, pág. 39; *R. del F. 1930*, pág. 246.

jurídica²⁷²; y, ii) dispuso que la interrupción de la prescripción sobrevinida por el emplazamiento en el proceso abandonado quedaba sin efecto²⁷³. Entonces es a partir de este momento que en el Perú abandono y prescripción extintiva empiezan a correlacionarse legislativamente con mayor vigor, pues si un proceso caía en abandono luego de una tramitación bastante larga, dicho abandono podía abrir la puerta a la prescripción extintiva en forma automática. Feliz emparentamiento éste, desde el punto de vista de la libertad jurídica del individuo que soporta la situación jurídica de ventaja del adversario.

En 1977 el gobierno militar dictó el Decreto Ley N° 21773, en virtud del cual varios artículos del Código de Procedimientos Civiles fueron modificados. Para los fines que interesan, la gran novedad de esta norma es que incorporó al derecho procesal civil nacional la regla del impulso de oficio, debe entenderse tomada de legislaciones foráneas como el Código Klein. El remozado artículo 173° del Código de Procedimientos Civiles pasaba a rezar así: *“El proceso se impulsará de oficio o a petición de parte. Vencido el término el juez ordenará pasar a la etapa siguiente del proceso, sin necesidad de petición de parte”*. De esta manera, a un Código de inspiración privatista se le *“injetó”* una institución manifiestamente inquisitiva, con lo cual se generó un sistema errático y paradójico. Y más aún cuando, como se verá más adelante, también se instauró la declaración oficiosa del abandono del proceso.

Entonces, si se quisiera ubicar en el tiempo el origen de la aparente antinomia entre impulso de oficio y declaración oficiosa del abandono, tendríamos que remitirnos al Decreto Ley N° 21773.

²⁷² “Art. 277.- La declaración de abandono de la primera instancia anula el procedimiento; pero no extingue la acción, la cual uede ejercitarse en un nuevo juicio”.

²⁷³ “Art. 278.- La interrupción de la prescripción operada por la citación judicial, queda sin efecto en virtud de la declaración de abandono”.

En materia de abandono, la modificatoria, además de reducir los plazos para su configuración²⁷⁴, cualificó el acto de interrupción del decurso del plazo, reservándolo solamente para aquellos que involucraran una activación (impulsión) del proceso y no para “(...) *la actividad inútil, dispendiosa o latu sensu, inidónea*”²⁷⁵. Para mayor claridad el artículo 270º -modificado- contenía en su segundo párrafo una relación de ejemplos de actos que no interrumpían el transcurrir del plazo del abandono. Decía:

“No suspenden el plazo las peticiones que no tienen por objeto activarlo, tales como el pedido de copias, la designación de nuevo domicilio, el simple apersonamiento de un nuevo apoderado, la solicitud de desglose de documentos y cualquiera otra análoga que no determinen el impulso del procedimiento”.

Otro punto favorable, al igual que el anterior, es que se dio término a la poco sustentable interpretación de la jurisprudencia que postulaba que cuando había reconvención el proceso no podía perimir. La parte final del artículo 269º no dejó la menor duda, pues determinó que: *“El abandono se producirá aunque se hubiere interpuesto reconvención”.*

La legitimidad para pedir el abandono continuó correspondiendo a las partes y a los terceros con interés, consagrándose, como ya se ha mencionado, en la nueva redacción del artículo 271º la declaración de oficio del abandono²⁷⁶. La justificación de esta novedad legislativa fue la conocida por todos; es decir, el supuesto interés público de que los

²⁷⁴ Art. 269.- *El abandono de las instancias y recursos tiene lugar si se paralizan los procedimientos durante los siguientes términos:*

Seis meses en primera instancia;

Tres meses en segunda instancia,

Dos meses para el recurso de nulidad (...).

²⁷⁵ GOZAÍNI, Osvaldo A.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. IV, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 944.

²⁷⁶ Solamente se mantuvo el abandono a petición de parte para los casos en que el proceso estuviera pendiente de sentencia o dictamen fiscal. La nueva redacción del artículo 270º lo establecía así: “ (...) *cuando los autos se encuentren pendientes de sentencia o dictamen fiscal, el término se computará desde la fecha de la notificación del proveído que recaiga en el último escrito que lo solicite requiriéndose en este caso petición de parte para la declaración del abandono*”.

procesos terminen, tal como lo explicó en su momento Perla Velaochaga: “(...) *jamás podrá instaurarse un proceso en la vía civil, sin una demanda, pero requerido y denunciado en ésta que existe una violación del orden jurídico, al requerir una intervención del poder jurisdiccional para que la declare o repare, existe un interés general en que tal situación sea debidamente resuelta*”²⁷⁷.

Recuperada la democracia, el Gobierno del Presidente Belaúnde promulgó el Decreto Legislativo N° 127, con el que –otra vez- varios artículos del Código de Procedimientos Civiles fueron modificados. La reformulación del artículo 173° mantenía la regla de impulso de oficio, aunque esta vez incluyó excepciones²⁷⁸. Cabe indicar que nadie, ni en la doctrina nacional ni en la jurisprudencia, consideró que la declaración oficiosa del abandono estaba reservada solo a los “juicios” confiados a la instancia de las partes, de manera que esta interpretación que hubiera sido formalmente sustentable ni siquiera fue puesta en debate. El abandono se aplicó, pues, a los procesos estacionales contra el expreso mandato del impulso de oficio.

Otra cuestión lógica es que se estableció la improcedencia del abandono para cuando los procesos se encontraren en estado de ser sentenciados o pendientes de dictamen fiscal; y esto porque, evidentemente, en tal estadio nada podían hacer las partes por impulsarlo ya que el paso pendiente consistía en un acto del juez o del Ministerio Público. Sin embargo este raciocinio no fue aplicado a la situación presentada como consecuencia de la interposición del recurso de apelación y el de nulidad, de manera que se mantuvo el abandono de estos recursos.

²⁷⁷ PERLA VELAOCHAGA, Ernesto: Ob. cit. p. 504.

²⁷⁸ Artículo 173°, segundo párrafo: *El proceso se impulsará de oficio o a petición de partes, con excepción de los juicios de divorcio, separación de cuerpos por causal y separación de cuerpos por mutuo disenso.*

2. La perención en el Código Procesal Civil de 1993.

2.1. Marco general.

Mediante Ley N° 25282 de 27 de noviembre de 1990, el Congreso de la República autorizó al Poder Ejecutivo a dictar el Código Procesal Civil, para lo cual se dispuso la conformación de una comisión revisora²⁷⁹. El objetivo era abrogar y sustituir el Código de Procedimientos Civiles de 1912 por un nuevo cuerpo normativo que recogiera la evolución del Derecho Procesal en los casi ochenta años de vigencia del anterior Código, probablemente los más fértiles para la materia.

El 04 de marzo de 1992 fue publicado en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 768 por que el se promulgó el nuevo *Código Procesal Civil* actualmente vigente, aunque objeto de numerosas modificaciones legislativas.

En lo que a esta investigación concierne, acaso sea bueno adelantar que el nuevo Código conserva desde su concepción, es decir, desde que era un proyecto²⁸⁰, la aparente antinomia entre el impulso de oficio y la declaración oficiosa de la perención. En efecto, el artículo II del Título Preliminar establece con total claridad que *“El juez debe impulsar el proceso por sí mismo”*; y no sólo eso, sino que es *“... responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia”*; agregando al final que *“Estan exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código”*. Es decir que el imperativo de impulso oficioso establecido por el Código de Procedimientos Civiles (modificado) fue fortalecido por el nuevo Código, al atribuir responsabilidad por la inobservancia de esta regla.

²⁷⁹ La comisión estuvo conformada por los Dres. Javier Alva Orlandini (Presidente), Juan Monroy Gálvez (Vicepresidente), Luis Gazzolo Miani, Absalón Alarcón Bravo de Rueda, Pedro Cateriano Bellido, Luis Falla La Madrid, Lourdes Flores Nano, Juan Vergara Gotelli, Guillermo Lohman Luca de Tena, Ernesto Estrada Choque y Raúl Canelo Rabanal. Actuaron como Asesores los Dres. José Espinoza Córdova, Nelson Ramírez Jiménez y Jack Bigio Chrem.

²⁸⁰ Toda referencia que se haga al proyecto de Código Procesal Civil está extraída de: ARIANO DEHO, Eugenia: *Código Procesal Civil. Texto vigente y antecedentes*, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2010.

De esta manera, la aludida aparente antinomia corona en el artículo 346, en el que, refiriéndose al proceso no impulsado por cuatro meses o más, establece: “... *el juez declarará su abandono de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado*”.

Siempre dentro del marco general de la perención en el Código vigente, hay que señalar que, dada su orientación preferentemente publicística, se advierte que el legislador decidió eliminar el abandono de los recursos en la inteligencia que, interpuesto uno, corre a cargo del órgano jurisdiccional su gestión de oficio, para lo cual la instancia de la parte no es determinante. Entonces el abandono en primer grado terminó siendo el único posible y su plazo se redujo a cuatro meses. El acto que interrumpe el abandono continúa siendo uno calificado, es decir, uno de impulsión efectiva.

2.2. La influencia del Código de Procedimiento Civil colombiano de 1970.

En el desarrollo de la institución, el Código vigente evidencia una influencia muy clara del Código de Procedimiento Civil colombiano de 1970 que, en materia de perención, y salvo por la denominación (“*caducidad de la instancia*”) no difería demasiado de su antecedente, es decir el Código Judicial (Ley 105 de 1931). Producto de esta influencia es que, por ejemplo, el proyecto del Código peruano denominara al instituto como *perención* en lugar del tradicional “*abandono*”, que alude más a una probable causa de la perención que a la perención misma; cuestión esta que fue modificada en el texto del Código una vez promulgado, volviéndose al antiguo “*abandono*”.

Nuestro Código es, entonces, en materia de abandono, absolutamente colombiano, y en este punto conviene hacer una observación, dado que el ya mencionado Código Judicial del país del norte (Ley 105 de 1931) muchas veces ha sido catalogado como una mera copia del Código de Procedimiento Civil chileno, aprobado por

Ley 1552 de 28 de agosto de 1902. De la lectura de sus normas puede verificarse que, en efecto, existe una gran similitud entre uno y otro cuerpo legislativo; similitud que, no obstante, no se aprecia con respecto a la perención. Porque la nota característica de la perención colombiana, dado que en lo demás no difiere de cualquier otra, es que genera un impedimento para volver a demandar la misma situación jurídica durante un período de tiempo y, en caso de una segunda perención, hace extinguir la *acción* objeto del proceso. Véase sino la parte pertinente del artículo 364º del ordenamiento mencionado²⁸¹:

“La caducidad de la instancia no entraña la de la acción; pero no puede promoverse esta nuevamente durante dos años, contados desde la fecha de notificación del auto en que se ha declarado la caducidad”.

(...)

“Si por segunda vez, entre las mismas partes y en ejercicio de la misma acción ocurren las circunstancias mencionadas en el inciso primero de este artículo, al decretarse la nueva caducidad se declara extinguida la acción, procediéndose para ello como se disponen en los incisos precedentes”.

Esta moratoria decretada como consecuencia de la primera perención y la extinción de la *acción*, a su vez consecuencia de la segunda, no tienen parangón en ninguna norma del Código chileno. En efecto, el artículo 163 de este dispositivo, que es el que más relación guarda con el que se acaba de transcribir, señala lo siguiente:

“No se entenderán extinguidas (sic.) por el abandono las acciones o excepciones (sic.) de las partes, pero éstas perderán el derecho de continuar el procedimiento abandonado i de hacerlo valer en un nuevo juicio.

Subsistirán sin embargo, con todo su valor los actos i contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos”.

²⁸¹ El Código de Procedimiento Civil colombiano ya no es norma vigente, al haber sido derogado por el Código General del Proceso de 2012.

¿Por qué un Código que toma las normas de otro difiere de éste respecto del tratamiento de la perención? La razón parece estar en que en Colombia ya se venía operando con un sistema muy definido respecto de esta materia y tanto la moratoria como la extinción de la acción eran moneda corriente a tenor de lo dispuesto por el artículo 54 la Ley 105 de 24 de noviembre 1890²⁸². En esta parte, por lo menos, la norma posterior reprodujo tal cual a su antecedente.

3. La moratoria

“Art. 351.- Efectos del abandono del proceso

El abandono pone fin al proceso sin afectar la pretensión. Sin embargo, su declaración impide al demandante iniciar otro proceso con la misma pretensión durante un año, contado a partir de la notificación del auto que lo declare. Asimismo, restituye las cosas al estado que tenían antes de la demanda.

Adentrándonos en el análisis de la perención en el Código Procesal Civil es necesario determinar de qué se trata la moratoria que contempla el apartado del artículo 351 arriba citado.

La primera cuestión sobre la que habría que detenerse es la denominación de esta peculiar institución. Se ha optado por el término “*moratoria*” en su sentido más castizo y no necesariamente jurídico, es decir, la prórroga en el plazo para verificar determinado acto. Si se optara por una definición jurídica habría que denominarla algo así como “*hipótesis de improponibilidad de la pretensión por efectos de la*

²⁸² Artículo 54 de la Ley 105 de 1890 (parte pertinente).-

“La caducidad de la instancia no entraña la de la acción que aún exista; pero no podrá promoverse nuevamente la misma acción durante dos años, a partir de la fecha del auto en que se ha declarado la caducidad. El término de la prescripción de la acción no se estimará interrumpido por la demanda que ha ocasionado la instancia que ha caducado.

Si por segunda vez, entre las mismas partes y por la misma acción, ocurrieren las circunstancias mencionadas en el inciso primero de este artículo, se declarará extinguida la acción, procediendo para ello como se dispone en los incisos que preceden”.

perención”, en el sentido que tal pretensión no puede producir efectos procesales por ser improponible durante un año.

Ahora bien, aclarado lo que respecta a la denominación elegida, sigue determinar si esta norma tiene carácter punitivo. La respuesta a la interrogante tiene que ser necesariamente negativa, toda vez que no puede sostenerse la existencia de una sanción frente al incumplimiento de un imperativo que no es un deber ni una obligación, sino más bien una carga procesal cual es la instancia.

En efecto, como ya se ha tenido oportunidad de señalar, la instancia o el impulso del proceso, que para este caso es lo mismo, viene a ser una carga y le corresponde al actor ejercerla (muy excepcionalmente al demandado, de manera que no tiene sentido fijar una regla para un caso por demás extraordinario). Entonces si bien la carga constituye un imperativo, su particularidad es que ha sido colocado en beneficio del propio interés, de tal manera que su cumplimiento, así como no puede ser exigido por ninguna vía, tampoco puede ser generar sanción en caso no se observara. Nadie puede ser sancionado por no beneficiarse a sí mismo.

No puede negarse que lo más probable es que la intención del legislador haya sido establecer una sanción para el litigante supuestamente “*negligente*”, que hizo que el Poder Judicial distraiga recursos en un proceso que no llegaría a su destino natural²⁸³. No obstante hay que tener presente que la interpretación de las normas no puede estar guiada por la intención del legislador, sino por la naturaleza de las cosas y por la coherencia de la institución en el sistema. De tal manera que como no puede negarse que la instancia es una carga, cualquier sanción contemplada para su inobservancia es insustentable.

²⁸³ El espíritu autoritario del Código explicaría completamente la idea de la moratoria como sanción. Algo muy parecido iba a ocurrir con la rebeldía, ya que el proyecto contemplaba en su artículo 462° que el apersonamiento del rebelde solo sería admitido si pagaba una multa equivalente a una remuneración mínima vital. La sanción por no ejecutar un acto voluntario felizmente no prosperó en este caso.

Entonces corresponde determinar si hay sentido en que la moratoria tenga lugar, pues, como ya se ha dicho, desde el punto de vista punitivo no tiene ningún asidero. Y se considera que sí, en idea de que, desde el Derecho Justicial la moratoria se configura como un producto con que el sistema jurídico favorece en forma acentuada la verificación de la prescripción extintiva, con la que el sujeto demandado quedará liberado de la situación jurídica de desventaja que afronta.

Sin desconocer los postulados que indican que la prescripción extintiva tiene por objeto la certeza de las relaciones jurídicas, y no siendo objeto de este trabajo tal análisis, se ha optado por enfocarla más bien como una institución que busca la liberación de las situaciones jurídicas de desventaja que penden sobre las personas frente a pretensiones de terceros. Ante una pretensión previa a un proceso, parece ser claro que el sujeto pretendido asume frente al pretensor una situación jurídica de desventaja, desde que su paz jurídica es alterada por la reclamación. Cuando la pretensión es llevada a un proceso judicial, surge una segunda situación jurídica de desventaja consistente en la inminencia de una sentencia estimatoria que afecte irresistiblemente su esfera jurídica.

La prescripción extintiva tiene por objeto desaparecer la situación jurídica de desventaja preprocesal y la perención lo propio respecto de la situación jurídica de desventaja procesal. Pero la perención tiene –como ya se ha dicho– un vaso comunicante hacia la eliminación de la situación jurídica de desventaja preprocesal, cual es la revocación de los efectos de la litispendencia, de tal suerte que el tiempo transcurrido entre el emplazamiento y la declaración de la perención contará a los fines de la prescripción extintiva.

Pero un segundo vaso comunicante es justamente la moratoria, que determina que cuando el proceso culmine por perención, al plazo transcurrido entre el emplazamiento y la resolución que la declara

deberá sumarse un año más, pues tal será el plazo durante el cual no podrá volver a demandarse válidamente la misma pretensión. Siendo así, la única justificación posible de la moratoria es considerar que la ley ha determinado que en caso de perención la prescripción extintiva debe favorecerse doblemente: con la revocación de los efectos de la interrupción del decurso del plazo de la prescripción extintiva y con un año más de inviabilidad de la pretensión de tutela jurídica.

Es bastante razonable que el sujeto pasivo de la pretensión obtenga este doble beneficio, en la medida que su libertad jurídica estuvo, del mismo modo, doblemente amenazada, tanto por la situación jurídica de desventaja preprocesal como por la procesal.

Ahora bien, resulta importante tener en cuenta, no obstante, que la moratoria, como la propia denominación asignada indica, no extingue la relación jurídica de ventaja preprocesal, sino que califica temporalmente su atendibilidad jurisdiccional o, dicho desde el Derecho Justicial, limita la pretensión de tutela jurídica de quien se siente derechohabiente. En consecuencia, si a la revocatoria de los efectos interruptivos del emplazamiento se le suma el año para iniciar un segundo proceso y verificar el emplazamiento (lo que evidentemente dará como resultado más de un año), y no se llega a completar la totalidad del plazo de prescripción de la situación jurídica, una nueva demanda con aspiraciones de ser estimada será totalmente posible.

Hay que advertir, como nota resaltable, que el Código nada dice respecto al medio de defensa idóneo que debería hacerse valer en caso una nueva demanda fuera interpuesta antes de la verificación del plazo de la moratoria; sin embargo es evidente que bajo su propio esquema tendría que ser una excepción sustentada en la inconcurrencia del presupuesto material denominado "*interés para obrar*". Pero como quiera que tal excepción no existe y las que contempla el Código están fijadas a título de *númerus clausus*, la vía

adecuada sería el de la defensa previa –que no es sino una excepción con otro nombre- establecida en el artículo 455²⁸⁴ de su texto, considerando que la moratoria, en tanto que posterga la pretensión de tutela jurídica (es decir, señala cómo resolver) es una norma material.

Cuadro N° 06

Comprobación de la quinta hipótesis específica

La moratoria (inatendibilidad de la pretensión durante un año como consecuencia de la primera perención) se justifica si se le vincula al favorecimiento de la prescripción extintiva

Descartada la posibilidad de que la moratoria sea una sanción en tanto consecuencia de la dejación de un acto voluntario (la instancia), la única posibilidad, por lo demás positiva y recomendable, es considerarla como un medio que el Derecho ofrece para favorecer la verificación de la prescripción extintiva de la situación jurídica de ventaja del actor que permitió se produzca la perención del proceso.

Con ello se beneficia la libertad jurídica del sujeto demandado, en tanto que con la litispendencia soporta la inminencia de una intervención del Estado en su vida. Así, la moratoria le ofrece la

²⁸⁴ “**Art. 455.- Propuesta y trámite de las defensas previas**

Las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones”.

posibilidad de liberarse de dicha inminencia para siempre, si es que la cesación de la suspensión del plazo prescriptorio y el período comprendido entre el inicio del proceso y la perención, así como el que se requiera para un nuevo emplazamiento luego de cumplido el año, permitieran que el plazo prescriptorio se cumpla.

4. La extinción del derecho pretendido

“Art. 351.- Efectos del abandono del proceso

(...)

Si por segunda vez, entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, se declara el abandono, se extingue el derecho pretendido y se ordena la cancelación de los títulos del demandante, si a ello hubiera lugar”.

Muy peculiar esta norma, de contenido claramente justicial que, como ya se ha tenido oportunidad de apreciar, fue tomada del abrogado modelo colombiano, con la sola diferencia que en éste se dispone la extinción de “*derecho pretendido*”, mientras que aquella hace referencia a la “*acción*”.

Es claro que el Código incurre en un error, pues el derecho pretendido constituye precisamente la gran incerteza que solo puede ser dilucidada con la sentencia de mérito. Las partes pueden estar seguras de todo en el mundo, menos de cuál va a ser su suerte en el proceso antes de que éste haya finalizado y si esto es así, *¿cómo se podría declarar extinto algo que no se sabe si alguna vez existió?*

Resulta mucho más coherente el texto del derogado Código colombiano, porque al referirse a la acción alude a la posibilidad de llevar ante la jurisdicción una pretensión. Es cierto, no obstante, que la acción es un derecho público, abstracto y autónomo que no dimana de ningún derecho y, por lo tanto el fraseo tampoco es exacto, aunque sí bastante más apropiado.

En realidad lo que se extingue por efecto de una segunda perención es la situación jurídica de ventaja del actor, o la pretensión de tutela respecto de una situación jurídica determinada.

A diferencia de la moratoria, que determina una causal de inatendibilidad temporal de la pretensión, la extinción pone fin a la posibilidad de judicializar exitosamente una relación jurídica. Algo muy parecido a la caducidad, solo que la fuente no es el transcurso del tiempo sino la circunstancia de haberse incurrido dos veces en perención.

Aquí el asunto de la justificación de esta forma extraordinaria de extinción de una situación jurídica de ventaja salta a la vista: al haberse incurrido reiteradamente en perención, el sistema jurídico da por entendido que ella (*la situación jurídica de ventaja*) no requiere de tutela y por tanto la extingue definitivamente. No se trata de un derecho sin tutela, sino de una severa extinción de tutela, exista o no el derecho, lo que jamás se llegará a saber. En este caso el pretendido recupera su libertad jurídica para siempre.

Cuadro N° 07

Comprobación de la sexta hipótesis específica

La extinción del derecho pretendido consecuencia de una

segunda perención, se justifica en la concepción de que la situación jurídica de ventaja del actor no merece tutela jurídica

Frente a un segundo caso en que el proceso se extingue por falta de impulso procesal imputable al demandante, es lógico que el Derecho suponga que la relación jurídica materia del proceso ya no merezca tutela. Por esta razón, sin que sea necesario determinar si el derecho pretendido existió, la posibilidad de tutela es retirada definitivamente, con los efectos materiales que ello conlleva.

5. ¿De oficio o a pedido de parte?

El parentesco de lo más cercano que existe y que existió siempre entre la perención y la prescripción extintiva ha quedado demostrado. Es más, la perención en muchos casos posibilita la prescripción y se ha considerado positivo que así suceda. En tanto que ambas encuentran justificación en la defensa del interés privado de liberar al sujeto pretendido de una situación jurídica de desventaja, no existe ninguna razón para que una pueda ser declarada de oficio (la perención) y la otra no (la prescripción).

Es necesario considerar además que la perención puede en algún caso tener consecuencias extintivas y definitivas de las relaciones jurídicas que son materia del proceso (como cuando, frente a una segunda perención, se extingue definitivamente la situación jurídica de ventaja) y a ello no debería poder dar lugar un juez actuando de oficio sin renunciar a su calidad ínsita de tercero ajeno a lo que es

materia del proceso o, como diría Werner Goldschmidt, a su imparcialidad²⁸⁵ (el juez jamás puede actuar como parte).

Siendo esto así, no se justifica que la perención pueda ser declarada de oficio y por tal razón es que este aspecto deberá ser reconsiderado cuando deba formularse un nuevo ordenamiento procesal civil en el Perú.

Y como quiera que la perención es una situación jurídica que existe en el marco de las facultades dispositivas de la parte, es evidente que, al igual que en la prescripción extintiva, cabe la renuncia a ella. Tal renuncia, en tanto que manifestación de voluntad, puede ser expresa o tácita y en este último caso los supuestos son claros, pues siendo que el proceso es el conjunto de actos ordenados y consecutivos que se dirigen hacia la cosa juzgada, habrá renuncia tácita cuando, cumplido el plazo de la perención, el demandado ejecute un acto de impulso, tal como reconoce el segundo párrafo del art. 348° del Código Procesal Civil²⁸⁶.

Sin embargo la renuncia tácita ha sido colocada como una posibilidad del “beneficiado” con el abandono, lo que puede dar lugar a interpretaciones de lo más variadas con respecto a quién puede en cada caso resultar siendo tal. Lo más apropiado es establecer que quien puede renunciar a la perención es el mismo que puede hacerlo a la prescripción respecto de una situación jurídica determinada.

6. Revisando las causales de improcedencia del abandono.

“Artículo 350.- Improcedencia del abandono.

No hay abandono:

1. En los procesos que se encuentran en ejecución de

²⁸⁵ GOLDSCHMIDT, Werner: *La imparcialidad como principio básico (La parcialidad y la imparcialidad)*, en *Conducta y Norma*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955, pp. 133 – 154.

²⁸⁶ **Art. 348.- Naturaleza del abandono.**

(...)

No hay abandono si transcurrido el plazo, el beneficiado con él realiza un acto de impulso procesal”.

- sentencia;*
2. *En los procesos no contenciosos;*
 3. *En los procesos en que se contiendan pretensiones imprescriptibles;*
 4. *En los procesos que se encuentran para sentencia, salvo que estuviera pendiente actuación cuya realización dependiera de una parte. En este caso, el plazo se cuenta desde notificada la resolución que la dispuso;*
 5. *En los procesos que se encuentran pendientes de una resolución y la demora en dictarla fuera imputable al Juez, o la continuación del trámite dependiera de una actividad que la ley le impone a los Auxiliares jurisdiccionales o al Ministerio Público o a otra autoridad o funcionario público que deba cumplir un acto procesal requerido por el Juez; y,*
 6. *En los procesos que la ley señale”.*

La norma glosada contempla las hipótesis de improcedencia del abandono y es interesante verificar si de acuerdo al Derecho Justicial éstas tienen justificación.

La primera causal de improcedencia que contempla el Código es la de los procesos que se encuentran en ejecución de sentencia, lo que de acuerdo al espíritu del propio Código no tiene asidero conceptual, toda vez que *la ejecución de sentencia* no es un estado del proceso sino un proceso en sí mismo que en el que la sentencia es el título ejecutivo, a decir del inciso 1º del artículo 688²⁸⁷. Así, *no existen procesos que se encuentren en ejecución de sentencia*, pues lo que existe son procesos de ejecución de resoluciones judiciales.

La evaluación de las causales de improcedencia de la perención tiene que ver con el emparentamiento entre la perención y la prescripción extintiva, pues todo aquello que puede prescribir debería poder perimir para que pueda darse lugar a que la institución opere en la forma descrita en capítulo anterior. Entonces, siendo que las situaciones jurídicas de ventaja fruto de una ejecutoria prescriben a

²⁸⁷ **"Artículo 688.- Títulos ejecutivos**

Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:

1. *Las resoluciones judiciales firmes;*
(...)”.

los diez años, según el art. 2001º inc. 1º del Código Civil²⁸⁸, no existe razón atendible alguna para que la perención sea improcedente en los procesos de ejecución de resoluciones judiciales. Además hay que considerar que para la ejecución de sentencias la instancia de parte es determinante (por ejemplo, no se concibe que un juez disponga, de oficio la afectación de un bien de propiedad del ejecutado para la satisfacción del crédito del ejecutante), y si esto es así, pueden ocurrir perfectamente eventos de dejación o conducta omisiva. No tiene sentido condenar a una persona a la litispendencia perpetua aun cuando la parte contraria no haga nada para llevar adelante el proceso. Producida la perención en la ejecución de una sentencia bien puede suceder que la fuerza de la ejecutoria sea vea afectada por la prescripción extintiva, como lo contempla el Código Civil.

Que la perención, por otra parte, no pueda producirse en los procesos no contenciosos se justifica plenamente por cuanto éstos no son procesos *strictu sensu*, sino apenas actividad administrativa confiada a la jurisdicción. No hay involucradas en ellos situación jurídica de ventaja o desventaja alguna. Son trámites y aunque existiera una norma que los dé por concluidos luego de algún tiempo de inactividad ello no podría considerarse *strictu sensu* una perención, pues no se estaría liberando a nadie de una situación jurídica de desventaja.

El caso que sigue es más interesante, pues tiene que ver con las pretensiones (es preferible decir *situaciones jurídicas*) imprescriptibles. Como se ha repetido varias veces, la perención es la vía que el sistema procesal confiere para el acceso a la prescripción de la situaciones deducidas en un proceso judicial; ergo, donde hay prescripción debe haber perención. Pero la lógica de esta disposición es inversa: *donde no hay prescripción no debe haber perención* y si bien a simple vista pudiera parecer correcta, en realidad no es así.

²⁸⁸ **Artículo 2001.-** Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.

Recordemos que las situaciones jurídicas llevan al sujeto pretendido a una doble posición de desventaja: la preprocesal por la que se altera su tranquilidad jurídica y la procesal, por la que esta condición es agravada con la posibilidad de una sentencia que lo afecte irremediablemente. Entonces si bien es cierto que las situaciones jurídicas imprescriptibles jamás evitarán la posición de desventaja preprocesal, no existe ninguna razón para entender que lo mismo deba ocurrir con la situación jurídica de desventaja procesal. En este caso el sujeto pretendido recuperaría su libertad jurídica procesal y probablemente no vuelva a ser materia de alteración con un nuevo proceso. Tanto más si se recuerda que una segunda perención genera la extinción del derecho pretendido y como no existe ningún motivo para hacer una discriminación en lo que a este efecto se refiere, debe resultar claro que un derecho imprescriptible bien puede quedar extinto, como resultaría en este caso. Es por tal razón, además, que la perención debe ser posible frente a cualquier tipo de situación jurídica.

Una razón adicional para la más común de las situaciones jurídicas imprescriptibles como lo es la llamada *acción* reivindicatoria: puede ocurrir que una persona se encuentre en posesión de un bien por un largo tiempo, acumulando importante tramo para la configuración de la usucapión o prescripción adquisitiva, el mismo que es interrumpido por los efectos del emplazamiento con la demanda reivindicatoria. Como quiera que la perención es improcedente, tal estado de cosas sería irreversible aun cuando a nadie impulse el proceso. De existir perención entonces los efectos interruptivos del emplazamiento quedarían revocados y por ello se colocaría al sujeto pretendido en la posibilidad de adicionar el plazo que le falta para hacerse con la titularidad del bien por usucapión, favoreciéndose la seguridad jurídica frente a la incertidumbre de una tutela inviable por causa imputable al sujeto demandante.

Como puede apreciarse, lo que se trata de demostrar es que la perención debe ser una consecuencia de la dejación procesal, al margen de la naturaleza de la situación jurídica que se busca tutelar.

En relación a los procesos que se encuentran en estado de sentencia o pendientes de alguna resolución o actividad del oficio hay muy poco que decir, toda vez que no siendo posible atribuir la dejación a las partes evidentemente la perención es improcedente.

Y finalmente, tampoco se justifica se reserve un último acápite para señalar que no habrá perención en los casos que la ley señale, pues basta con que una norma con dicho rango lo indique para que la perención no sea posible.

Como podrá apreciarse, la perención –o un equivalente de ella- es un instrumento de suma utilidad que debe concurrir en todo tipo de procesos civiles, sin distinción.

7. El futuro de la perención en el Perú.

Como la vida misma, predecir el destino de una entidad jurídica es absolutamente imposible. La idea sería, no obstante, plantear cómo es que uno quisiera que se desarrolle, de acuerdo a una personal concepción de las cosas.

Las palabras de James Goldschmidt con que se inicia este trabajo describen perfectamente lo que, se considera, debe ser el camino por el que se ha de desarrollar el Derecho Procesal: el liberalismo, no necesariamente como doctrina política sino como cosmovisión que permita a la persona, a partir de la conciencia de su libertad, advertir que tiene derecho al respeto a su libre albedrío, a la disposición de sus situaciones jurídicas privadas, a la efectividad de los límites puestos al Estado para la intervención en su vida, y, evidentemente a la imparcialidad e imparcialidad del juez llamado a decidir el sentido de las sentencias que lo involucren.

Entonces cuando se pretende referirse al futuro de la perención en el Perú no debe entenderse que el cambio que se propone tiene que ver con el modelo actual, lleno de injerencias inadmisibles de los jueces en el destino final del proceso. No. La perención que se pretende es apenas una pieza, muy pequeña por cierto, en un nuevo e ideal sistema procesal civil en el que se respete la preeminencia de las partes como las verdaderas protagonistas del proceso, como los sujetos cuyo destino está en juego en la aventura procesal y que por eso mismo, nadie puede sustituir en las atribuciones que el sentido común les asigna.

Un país vecino como Colombia eliminó la perención y luego la resucitó como una hipótesis de conclusión del proceso por inactividad de las partes, lo que nos demuestra que por más idealismo que exista en una visión autoritario – paternalista del proceso, la realidad siempre termina por imponerse.

Sin duda que la perención es una institución muy útil en tanto que está vinculada con la libertad del ser humano y, siendo así, no tiene sentido tocarla más allá de lo estrictamente necesario.

Por eso, en un sistema en el que el impulso del proceso debe estar confiado a las partes y en que el juez debe ser cada vez más el llamado a sentenciar (labor de por sí bastante trágica y por ende nada envidiable) y no a ocuparse de lo que las partes pueden hacer por sí mismas, la perención se debe configurar *ope legis*, pudiendo ser renunciada como dispositiva que es; y declarada solamente a instancia de parte. Esto no obsta, evidentemente, a que la norma procesal plantee hipótesis de deserción frente a la dejación de algunas cargas tan importantes como para deducir de ello que el procedimiento no puede continuar, como por ejemplo tendría que ser su conclusión antes del emplazamiento del demandado, pues hasta

este estadio no existe proceso que extinguir y, por tanto, no hay perención posible²⁸⁹.

Y, tal como ya se ha tenido oportunidad de mencionar, no existe ninguna razón para que la perención no puede presentarse en los casos de pretensiones imprescriptibles, toda vez que como se encuentra regulada (y está bien que así sea), la institución tiene efectos materiales y puede llegar a configurar una causal de extinción de derechos que, por cierto, no existe ninguna razón para que no alcance también a los imprescriptibles.

En resumen, la perención debería ser reformada y regulada bajo las siguientes características:

- i. Debe declararse solamente a petición de parte, pudiendo ser renunciable.
- ii. Deben perimir también los procesos en los que se ventilen situaciones jurídicas imprescriptibles.
- iii. No deben perimir procedimientos antes del emplazamiento, como ocurre actualmente. Cuando en esta etapa hay inactividad procesal más allá de lo razonable debería configurarse una hipótesis de deserción.

²⁸⁹ El segundo párrafo del art. 346° del Código Procesal Civil establece: “*Para el cómputo del plazo de abandono se entiende iniciado el proceso con la presentación de la demanda*”. Esto es un error que puede dar lugar, por ejemplo, a que alguien incurra en segunda perención y pierda definitivamente su situación jurídica de ventaja cuando el demandado ni siquiera ha sido emplazado. Cuando un proceso no puede siquiera comenzar por causa imputable al actor, la conclusión de lo hecho hasta ese momento debería ser legislado como una hipótesis de deserción y sin más consecuencias que la mera cesación de la actividad procesal.

CONCLUSIONES

1. Se atribuye a Heráclito de Éfeso la máxima que postula: *“Todo cambia, nada permanece. Lo único constante es el cambio”*. Esto, que puede ser cierto para la vida, debe serlo por lo menos para el proceso. En efecto, hay cuestiones que son naturales en la idea de proceso y el cambio es uno de ellos. La propia voz *“proceso”* lleva en sí misma una indesligable idea de tránsito, de modificación, de alteración. Si esto es así entonces es fácil deducir que el concepto contrario a *proceso* es *inmovilidad*.

La inmovilidad es entonces la configuración de aquello que se ha llamado gráficamente *“antiproceto”* y por tanto es la entidad que más puede afectarle negativamente en tanto que fenómeno evolutivo. La inmovilidad priva al proceso de su esencia más íntima y lo desnaturaliza.

Siendo que la inamovilidad del proceso civil es el fenómeno exactamente opuesto a su naturaleza evolutiva, se considera que debe ser calificado como la única *“anormalidad”* procesal posible. Todas las demás formas consideradas como tales por algunos autores (la renuncia, el desistimiento, la transacción y categorías afines) no son anomalías, ya que consisten en formas especiales de conclusión del proceso previstas por ley y, por tanto, al alcance de las partes si así lo deciden. Lo mismo respecto de las *anormalidades* a que se refiere Jaime Guasp, que no son sino incidencias procedimentales. La única anomalía procesal es que el proceso se convierta en una categoría que contradice su propia naturaleza; es decir en un antiproceto. La perención debe ser una consecuencia de

la anormalidad del proceso cuando ésta es debida a la falta de impulso procesal atribuible al actor.

Con esto, el primer objetivo específico de la investigación (*identificar a la evolución como la característica del proceso que le confiere identidad*) ha sido cumplido.

2. Más allá de cuestiones conceptuales, la inmovilidad del proceso conlleva en sí mismo un perjuicio muy claro para quien ha sido llevado a él sin que pueda hacer nada para evitarlo: el demandado o sujeto pretendido. Esta persona, que probablemente andaba viviendo tranquilamente, de un momento a otro se ve perturbada por una reclamación civil hecha por un tercero y en poco tiempo más tal exigencia no le será hecha directamente sino frente al Estado, capaz de imponerle *vis compulsiva* una decisión sobre el entuerto, lo que es aun más delicado si se tiene en cuenta que por efectos del emplazamiento el decurso del plazo de la prescripción extintiva quedará interrumpido.

El proceso requiere pues una solución al problema del antiproseso: una posible es la perención, entendida como la herramienta con la que el sujeto pretendido puede liberarse del estado de litispendencia en el que ha sido colocado, cuando éste se prolonga por plazos más allá de los razonables y que corresponde a la legislación cuantificar.

Con esto, el primer objetivo general de la investigación queda cumplido, pues se han llegado a determinar la razón que justifica la existencia de la perención en el Derecho Procesal Civil.

3. Cuando en la antigua Roma los procesos eran sustanciados de oficio surgió una figura innominada que establecía un plazo máximo para ello y cuya inobservancia derivaba en *mors litis* (muerte del litigio), de

cuyas consecuencias hasta hoy no se tienen certezas. Pero lo importante es apreciar cómo una entidad creada para enfrentar un problema (*la mora del juez*) pasó a utilizarse para solucionar otro (*la mora del demandante*); cuando el sistema viró hacia reglas dispositivas. La pregunta es si acaso la *mors litis* no hubiera existido, ¿hubiera surgido la perención? Y la respuesta a esta hipótesis que jamás podrá ser verificada es que sí, pues es lógico que frente a la facultad con que contamos todos de andar creando litispendencias, debe existir una o más herramientas que procuren el sano equilibrio. Una de estas herramientas es la perención, otra la deserción, una tercera en *standstill* alemán, y así podría continuarse con la contabilización y profundización en un futuro estudio.

La conjetura que se formula respecto a que la perención (o una figura parecida) tenía que nacer se sustenta, en el fondo, en la lucha por la libertad que caracteriza al ser humano desde siempre. Todo gran hombre es recordado por una gesta hacia la consecución de tal valor, con la multiplicidad de matices que éste puede adoptar para cada quien. La perención es, entonces, un grito de libertad de todos aquellos que asumiendo la inevitabilidad de ser demandados, deciden poner un límite sustentado en la causa objetiva de la, conceptualmente contradictoria, inmovilidad del proceso.

De esta manera, el segundo objetivo de la investigación, que buscaba determinar su origen histórico y verificar si las condiciones que le dieron origen se mantienen, se encuentra cumplido.

4. En el derecho estático hay un obligado y un derechohabiente claramente identificados, pero en el derecho dinámico tales calidades solamente pueden apreciarse cuando es pronunciada la sentencia firme; entonces corresponde a cada quien procurarse la maximización de su posición frente a la futura sentencia y de eso precisamente se

trata el proceso, de una cadena de situaciones jurídicas que uno va conquistando (para bien o para mal) y que implica no solo creer en la titularidad del derecho estático, sino la destreza suficiente para defenderlo en un proceso.

La perención engarza con este enfoque, pues si el actor, que es el único responsable del acto de eyección inicial del proceso, no cumple con satisfacer la carga del impulso, es razonable que deba afrontar una consecuencia disvaliosa que, como se ha visto, en su faz más sencilla da lugar a la cesación del mismo, pero en la más compleja, genera la revocación de los efectos interruptivos de la prescripción extintiva, la postergación de la atendibilidad objetiva de la situación jurídica materia del mismo e, incluso, hasta su pérdida definitiva.

5. Los efectos de la perención en relación a la proponibilidad objetiva de la pretensión se justifican: la moratoria, en el favorecimiento de la prescripción extintiva; y la extinción del derecho pretendido, en la sustentable concepción de que una pretensión objeto de procesos dos veces perimidos, no merece tutela jurídica.

Así, el segundo objetivo general de la investigación, que pretendía dotar de contenido doctrinario a las consecuencias de la perención en relación con la proponibilidad de la pretensión, se encuentra cumplido.

6. La prescripción extintiva y la perención son, ambas, categorías de Derecho Justicial, en la medida que dan lugar al rechazo de la pretensión de tutela jurídica por transcurso del tiempo sin actividad del titular de la situación jurídica de ventaja. La prescripción es el remedio a la situación jurídica de ventaja no activada en su fase preprocesal, mientras la perención lo es en la fase procesal. Entre ambas hay vasos comunicantes que responden, más que a una decisión del legislador, a su propia naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

A

ACEVEDO VEGA, Leoncio: *Formas de terminación del proceso*, Tesis para optar por el grado de Bachiller en Derecho, UNMSM, Lima, 1972.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

ALLORIO, Enrico: *Problemas de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963.

ALSINA, Hugo: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1961.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo:

- *El debido proceso de la garantía constitucional*, Editorial Zeus S.R.L., Rosario, 2003.
- *La Prueba Judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Editorial Universidad El Rosario, Bogotá, 2010.
- *Proceso y República. Crítica a las tendencias actuales del derecho procesal*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2014.

ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Derecho Procesal Civil*, octava edición, EDDILI, Lima (sin fecha de edición a la vista).

AREAL, Leonardo Jorge y FENOCHIETTO, Carlos Eduardo: *Manual de Derecho Procesal*, T. I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1966.

ARIANO DEHO, Eugenia:

- *Código Procesal Civil. Texto vigente y antecedentes*, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2010.
- *Hacia un Proceso Civil Flexible. Crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993*, Tesis para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho, con mención en Derecho Procesal, PUCP, Lima, 2011.
- *Hacia un Proceso Civil Flexible. Crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993*, ARA Editores, Lima, 2013.

- *In Limine Litis, Estudios Críticos de Derecho Procesal Civil*, Instituto Pacífico, Lima, 2016.

B

BARRAGÁN, Guillermo C.: *La Obra Legislativa de Alfonso El Sabio*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1983.

BERRIAT – SAINT – PRIX, Jacques: *Corso di Procedura Civile*, T. II, Dalla Atamperia di Criscuolo, Nápoli, 1825.

BORSARI, Luigi:

- *Il Codice Italiano di Procedura Civile Annotato*, Dalla Società L'Unione Tipografico – Editrice, Torino – Napoli, 1869.
- *Il Codice Italiano di Procedura Civile*, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1872.

BÜLOW, Oskar von: *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1964.

BURBANO TORRES, Eduardo: *Por qué la perención no es necesaria*, en *XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2007.

C

CALAMANDREI, Piero:

- *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, T. I, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1986.
- *Estudios sobre el Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1986.
- *Un maestro del liberalismo procesal*, en *Revista de Derecho Procesal*, vol. I, EDIAR Soc. Anón. EDITORES, Buenos Aires, 1951.

CALLE, Juan José: *Código de Procedimientos Civiles*, Tipografía “El Lucero”, Lima, 1912.

CAMERA, Matteo: *Annali delle due Sicilie, dall'origine e fondazione della Monarchia fino al tutto il regno dell'Augusto Sovrano Carlo III Borbone*, Volume Primo, Dalla Stamperia e Cartiere del Fibreno, Nápoli, 1841.

CARNACINI, Tito: *Tutela Jurisdiccional y Técnica del Proceso*, Communitas, Lima, 2011.

CARNELUTTI, Francesco:

- *Instituciones del Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1973.
- *Sistema de Derecho Procesal Civil*, UTEHA Argentina, 1944.

CARRÉ, C.L.T.: *Commentario sulle Leggi della Procedura Civile*, Terza edizione francese, Dallo Stabilimento Della Antologia Legales, Nápoli, 1854.

CAVERO RUIZ, Hugo: *Ensayos de Teoría General del Proceso*, Jurivec, Lima, 2011.

CARLOS, Eduardo B.: *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1989.

CIPRIANI, Franco:

- *Batallas por la justicia civil*, Cultural Cuzco, Lima, 2003.
- *Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chovenda*, en *Ideologie e Modelli del Processo Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoli, 1997.

COMA FORT, José María: *Codex Theodosianus. Historia de un Texto*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.

CONSOLO, Giovanni Cesareo: *Trattato della perenzione d'istanza nei giudici di cognizione*, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, 1907.

COUTURE, Eduardo Juan: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.

CH

CHIOVENDA, Giuseppe:

- *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América y Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1949.
- *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2005.

D

DAMASKA, Mirjan R.: *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2000.

DE LA RÚA, Fernando: *Teoría General del Proceso*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.

DEVIS ECHANDÍA, Edgardo: *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985.

E

EL SACROSANTO Y ECUMÉNICO CONCILIO DE TRENTO, con privilegio de la Imprenta Real, Madrid, 1785.

EISNER, Isidoro (y otros): *Caducidad de la Instancia*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.

F

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor:

- *Doctrina General de Derecho Procesal*, Librería Bosh, Barcelona, 1990.
- *Una Perspectiva Histórica del Proceso: La Litis Contestatio y sus Consecuencias*; en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1953.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *Derecho Público Romano*, Thomson Civitas, Navarra, 2005.

FERRATER MORA, José: *Diccionario de Filosofía*, T. I y II, Editorial Sudamérica, Buenos Aires, (sin año de edición a la vista).

FISFALÉN HUERTA, Mario Heinrich: *Análisis económico de la carga procesal del Poder Judicial*, Tesis para optar por el grado académico de Magíster en Derecho, con mención en Derecho Procesal, PUCP, Lima, 2014,

G

GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis: *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*, Legis, Bogotá, 2008.

GARCÍA, David Ernesto: *Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva*, en *Ius et Veritas*, N° 21, Lima, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

GOLDSCHMIDT, James:

- *Derecho Justicial Material*, en Revista de Derecho Procesal, EDIAR Soc. Anón. EDITORES, 1er. Trimestre 1946, Número I, Buenos Aires 1946.
- *Derecho Procesal Civil*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936.
- *El proceso como situación jurídica*; en *Derecho, Derecho Penal y Proceso* T. III, Marcial Pons, Madrid, 2015
- *Estudios de Filosofía Jurídica*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1947.
- *Problemas Generales del Derecho*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- *Teoría General del Proceso*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936.

GOLDSCHMIDT, Roberto: *Derecho Justicial Material Civil*, en *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*, EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1946.

GOLDSCHMIDT, Werner: *Conducta y Norma*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo:

- *Problemas actuales del Derecho Procesal (garantismo contra activismo)*, FUNDAp, México, 2002.
- *Tratado de Derecho Procesal Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

GUASP DELGADO, Jaime:

- *Concepto y método de Derecho Procesal*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997.
- *Estudios Jurídicos*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996.
- *La Pretensión Procesal*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1981.
- *Derecho Procesal Civil*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998.

H

HEVIA BOLAÑOS, Juan de: *Curia Philipica*, Real Compañía de Impresores, y Libreros del Reyno, Madrid, 1783.

I

IHERING, Rudolf von: *La lucha por el Derecho*, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1993.

L

LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO EL SABIO, cotejadas con varios Códices antiguos por la Real Academia de la Historia, T. III, Partida Cuarta, Quinta, Sexta y Séptima, de orden y a expensas de S.M., Madrid en la Imprenta Real, 1807.

LAS SIETE PARTIDAS DEL SABIO REY ALFONSO EL IX, glosadas por el Lic. Gregorio López, del Colegio Real de Indias de S.M., T. II, Madrid, 1829.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: *Comentarios al Código Procesal Civil*. Análisis artículo por artículo, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1980.

LOPEZ HERNÁNDEZ, José: *Introducción Histórica a la Filosofía del Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 2005.

LOUTAYF RANEA, Roberto G. y OVEJERO LÓPEZ, Julio C.: *Caducidad de la Instancia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.

M

MANCINI, Pasquale Stanislao; PISANELLI, Giuseppe y SCIALOJA, Antonio: *Commentario del Codice di Procedura Civile per gli Stati Sardi*, Unione Tipografico – Edriticce Torinese, Torino, 1861.

MANDRIOLI, Crisanto: *Diritto Processuale Civile*, T. II, G. Giappichelli Editore – Torino, Milano, 2002.

MASCIOTRA, Mario: *Historia y Evolución de la Actividad Jurisdiccional*, Raguel Ediciones, Lima, 2015.

MATTIROLO, Luis: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, T. I, Editorial La España Moderna, Madrid (sin año de edición a la vista).

MERLIN, Phipippe – Antoine: *Voz Perenzione – Péremption en Dizionario Universale Ossia Repertorio Ragionato di Giurisprudencia e Quistioni di Diritto*, Presso Giuseppe Antonelli Ed., Venezia, 1839.

METRO, Antonino: *Brevi note sulla “mors litis” per inattività*, en *Meditationes de Iure et Historia, Essays in Honour of Laureus Winkel*, Unisa Press, Pretoria, 2014.

MERRYMAN, John Henry: *La Tradición Jurídica Romano – Canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

MONROY GÁLVEZ, Juan: *La Formación del Proceso Civil Peruano*, escritos reunidos, Comunidad, 2003.

MONTERO AROCA, Juan: *Introducción al Estudio del Derecho Jurisdiccional Peruano*, ENMARCE E.I.R.L., Lima, 1999.

N

NIEVA FENOLL, Jordi: *Jurisdicción y Proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

O

ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho Procesal. Introducción*, EDISOFER S.L., Madrid, 2006.

P

PALACIO, Lino Enrique: *Derecho Procesal Civil*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1967.

PARRY, Adolfo E.: *Perención de la Instancia*, Tercera Edición, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964.

PÉREZ RAGONE, Álvaro J y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: “*Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*”, Fundación Konrad Adenauer Stiftubg, Montevideo, 2006.

PERLA VELAOCHAGA, Ernesto: *Juicio Ordinario*, EDDILI, Lima, 1987.

PICO I JUNOY, Joan: *Il Diritto Processuale tra Garantismo ed Efficacia: un Dibattito mal Impostato*, en *Studi di Diritto Processuale Civile in Onore di Giuseppe Tarzia*, T. I, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2005.

R

RAFFAELLI, Eugenio: *L’Abolizione della Perenzione dell’Instanza*, Stabilimento Tipografico dell’Ancora nel Monastero di D. Giorgio Maggiore, Nápoli, 1871.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco:

- *Derecho Procesal Civil*, T. I, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992.
- *Derecho y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1979.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos: *Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

RAOUX, Adrien – Philippe: *Mémoire sur la Péremption D’Instanze pour La Dame Marie – Francoise – Joséphine Ameye*, monografía de 1800, sin sello editorial ni lugar de impresión a la vista.

RENTI, Enrico: *Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1957.

REYNAUD, J.E.: *Traité de la Péremption*, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, Paris, 1837.

ROCCA, Adriano: *Biblioteca del Diritto o Repertorio Ragionato di Legislazione e di Giurisprudenza*, Nell'I.R. Privilegiato Stabilimento Nazionale, Venezia, 1859.

ROCCO, Ugo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, Editorial Temis Bogotá y Depalma Buenos Aires, 1983.

ROMERO, Julián Guillermo: *Estudios de Legislación Procesal*, Tip. de “El Lucero”, Lima, 1914.

ROSEMBERG, Leo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, ARA Editores, Lima, 2007.

S

SATTA, Salvatore:

- *Derecho Procesal Civil*, T. I, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1971.
- *El día del juicio*, Editorial Anagrama, Barcelona, 2010.
- *La extinción del proceso* (traducción de Eugenia Ariano Deho), en Boletín Cultural Cuzco, N° 18, Lima, julio 27 de 2003.
- *Soliloquios y Coloquios de un Jurista*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971.

SCHMIDT, Eberhard: “*Las repercusiones de la obra científica de James Goldschmidt sobre la legislación y la ciencia de Alemania*” en *Revista de Derecho Procesal*, vol. II, EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1951.

SCIALOJA, Vittorio: *Procedimiento Civil Romano*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1954.

SENTÍS MELENDO, Santiago: *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1967.

SELLER, Wolfgang: *James Paul Goldschmidt (1874 – 1940) Un eminente procesalista (civil y penal)*, traducción de José Balcázar Quiroz, en *Ius Fugit, Revista de Cultura Jurídica*, vol. 18 (2015), Institución Fernando el Católico, Excm. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2015.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Jurisdicción, Acción y Proceso*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008.

SILVA VALLEJO, José Antonio:

- El pensamiento jurídico y filosófico, (sin sello editorial a la vista), Lima, 2009
- *La Ciencia del Derecho Procesal*, Ediciones FECAT, Lima, 1991.

SOLIDORO MARUOTTI, Laura: *I Percorsi del Diritto*, Editore Giappicheli, Torino, 2014.

T

TARUFFO, Michelle: *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2009.

TREVES, Renato: *El Testamento Filosófico de un Procesalista. James Goldschmidt*, EDIAR Soc. Anom. Editores, Buenos Aires, 1946.

V

VAN RHEE, Remco: *Traidiciones Europeas en el Procedimiento Civil: Una Introducción*, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 15, Universidad de Chile, Santiago, 2011.

W

WACH, Adolf:

- *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1958.
- *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1977.